

UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI NAPOLI FEDERICO II

FACOLTA' DI ECONOMIA

DIPARTIMENTO DI DIRITTO DELL'ECONOMIA

Dottorato di ricerca in Diritto dell'Economia

Diritto delle imprese in crisi

Ciclo XXIV

***IL REGOLAMENTO CE 1346/2000 SULLE INSOLVENZE
TRANSFRONTALIERE: UNIVERSALITA' LIMITATA E CENTRO DEGLI
INTERESSI PRINCIPALI DEL DEBITORE***

Coordinatore: Ch.mo Prof. Antonio Blandini

Tutor: Ch.mo Prof. Antonio Blandini

Dott. Corrado Paolo D'Aiello

INDICE

CAPITOLO I

RUOLO DEL REGOLAMENTO CE 1346/2000 NELLA DISCIPLINA DEI FENOMENI DI *CROSS BORDER INSOLVENCY* ED IMPATTO SUL DIRITTO ITALIANO

- 1.- La dimensione sovranazionale delle moderne crisi d'impresa..... p. 6.**
- 2.- Modelli di governo delle insolvenze transfrontaliere: le diverse
declinazioni del principio di universalità..... p. 13.**
 - 2.1.- Universalità oggettiva e responsabilità patrimoniale..... p.14.**
 - 2.2.- Limiti alla universalità oggettiva e principio di territorialità..... p. 18.**
 - 2.3.- Universalità limitata o attenuata: le ragioni del suo successo come
modello di governo dei fenomeni di *cross border insolvency*..... p. 25.**
- 3.- Genesi del Regolamento CE n. 1346/2000, rapporto con gli altri
strumenti di armonizzazione e limiti di applicazione..... p. 29.**
 - 3.1.- Le prime convenzioni internazionali stipulate dall'Italia..... p. 30.**
 - 3.2.- Dai progetti di convenzione comunitaria al Regolamento CE n.
1346/2000..... p. 32.**
 - 3.3.- La disciplina italiana delle insolvenze transfrontaliere tra legge
fallimentare, Regolamento CE n. 1346/2000 e l. 31 maggio 1995 n. 218: cenni
alle problematiche ancora aperte p. 41.**
 - 3.4.- Il Regolamento comunitario nel contesto globale di armonizzazione
delle legislazioni concorsuali: l'attività dell'UNCITRAL..... p. 56.**
- 4.- Campo di applicazione oggettivo del Regolamento, riflessi sul diritto
interno e “danni collaterali” p. 62.**
 - 4.1.- La possibile integrazione allegati e il problema degli accordi di
ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis l. fall.*, ovvero le nuove potenzialità
del concordato preventivo..... p. 73.**

CAPITOLO II

IL MODELLO *UNIVERSAL MODIFIED* DEL REGOLAMENTO CE 1346/2000: CRITERI DI ATTUAZIONE

- 1.- Criteri di distribuzione della *international jurisdiction* e articolazione delle procedure nello spazio giudiziario europeo..... p. 86.
 - 1.1.- *Centre of debtor's main interests*: un criterio dai contorni (sempre più) incerti..... p. 90.
 - 1.2.- Dipendenza e procedure locali secondarie..... p. 109.
 - 1.3.- Le procedure locali indipendenti dalla procedura principale... p. 122.
- 2.- Conflitti positivi di giurisdizione nel Regolamento: riconoscimento automatico della decisione di apertura e criterio di priorità..... p. 129.
 - 2.1.- La procedura secondaria come possibile correttivo agli “errori” sulla giurisdizione: il caso *Illochroma*..... p. 146.
- 3.- Effetti del riconoscimento della decisione di apertura e delle “altre decisioni” relative allo svolgimento e alla chiusura della procedura di insolvenza..... p. 151.
 - 3.1.- Il divieto di azioni esecutive individuali..... p. 160.
- 4.- Applicazione generalizzata della *lex fori concursus* e principali eccezioni..... p. 162.

CAPITOLO III

CENTRO DEGLI INTERESSI PRINCIPALI DEL DEBITORE NELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA ED EUROPEA

- 1.- Il centro degli interessi principali nella giurisprudenza anteriore alla pronuncia *Eurofood*: le origini e gli effetti dell’approccio sostanzialista..... p. 173.
- 2.- Il caso *Eurofood* al vaglio della Corte di Giustizia: il centro degli interessi principali del debitore nel caso di società eterodiretta..... p. 181.
- 3.- La giurisprudenza successiva alla pronuncia *Eurofood*..... p. 187.
 - 3.1.- Il caso *Ittierre* e non solo, ovvero: la persistente diversità di approcci alla individuazione del *comi*..... p. 187.
 - 3.2.- Le questioni irrisolte dalla pronuncia *Eurofood*..... p. 196.

4.- Il momento rilevante ai fini della determinazione della *international jurisdiction*..... p. 198.

5.- Il trasferimento del centro degli interessi principali del debitore: presunzione di coincidenza con la sede legale statutaria e riparto dell'onere della prova..... p. 204.

Conclusioni.....

Bibliografia.....

CAPITOLO I

IL RUOLO DEL REGOLAMENTO CE 1346/2000 NELLA DISCIPLINA DEI FENOMENI DI *CROSS BORDER INSOLVENCY* ED IMPATTO SUL DIRITTO ITALIANO

SOMMARIO: 1.- La dimensione sovranazionale delle moderne crisi di impresa. 2.- Modelli di governo delle insolvenze transfrontaliere: le diverse declinazioni del principio di universalità. 2.1- Universalità oggettiva e responsabilità patrimoniale. 2.2.- Limiti alla universalità oggettiva e principio di territorialità. 2.3.- Universalità limitata o attenuata: le ragioni del suo successo come modello di governo dei fenomeni di *cross border insolvency*. 3.- Genesi del Regolamento CE n. 1346/2000: rapporto con gli altri strumenti di armonizzazione e limiti di applicazione. 3.1.- Le prime convenzioni internazionali stipulate dall'Italia. 3.2. Dai primi progetti di convenzione comunitaria al Regolamento CE n. 1346/2000. 3.3.- La disciplina italiana delle insolvenze transfrontaliere tra legge fallimentare, Regolamento CE n. 1346/2000 e l. 31 maggio 1995 n. 218: cenni alle problematiche ancora aperte. 3.4.- Il Regolamento comunitario nel contesto globale di armonizzazione delle legislazioni concorsuali e l'attività dell'UNCITRAL. 4.- Campo di applicazione oggettivo del Regolamento, riflessi sul diritto interno e "danni collaterali". 4.1.- La possibile integrazione allegati e il problema degli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis l. fall.*, ovvero le nuove potenzialità del concordato preventivo.

1.- La dimensione sovranazionale delle moderne crisi di impresa.

La crisi di un'impresa che commercializza prodotti e servizi all'estero, o che istituisca una o più sedi secondarie in Stati diversi da quello di origine, inevitabilmente scarica i propri effetti all'interno di una pluralità di ordinamenti

giuridici. Allo stesso modo, è inevitabile che l'intensificarsi degli scambi e delle relazioni commerciali tra imprenditori di nazionalità diverse determini una progressiva internazionalizzazione delle crisi che li colpiscono (¹).

Cionondimeno, l'espansione dell'attività oltre gli angusti confini dell'area territoriale di provenienza, in cui sono stati inizialmente organizzati gli elementi costitutivi dell'azienda ed è stata fissata la sede degli affari, dovrebbe rappresentare per ogni imprenditore un obiettivo connaturato al proficuo svolgimento della propria attività economica (²).

Complessivamente considerati, globalizzazione dei mercati e degli investimenti (³), intreccio delle relazioni transnazionali, mondializzazione dell'economia e delocalizzazione degli apparati produttivi, sono tutti fenomeni cui può riconoscersi, in questa sede, una duplice valenza. In effetti, se è innegabile che, da un lato, essi minano la tenuta dei modelli di governo delle crisi d'impresa unilateralmente adottati nei singoli ordinamenti statali, è altrettanto vero che, dall'altro, essi possono (*recte*: dovrebbero) costituire uno stimolo inesauribile all'armonizzazione (⁴) o quantomeno al coordinamento delle differenti discipline in tema di procedure concorsuali.

(¹) Della globalizzazione come fattore di crisi universale parla S. ALAGNA, *Mercato globale e diritto dell'impresa*, Padova, 2009, p. 7. L'Autore evidenzia anche l'utilizzo, talvolta indiscriminato, seppur indubbiamente comodo, di un concetto unitario e omnicomprensivo di globalizzazione, invitando alla prudenza nell'affrontare il tema specifico della globalizzazione giuridica (p. 15); nonché il ruolo delle imprese multinazionali e transnazionali nella spinta verso l'uniformità delle regole del commercio globali (pp. 34 ss.).

(²) C. PUNZI, *Le procedure d'insolvenza transfrontaliere nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 997. Ma v. anche G. IUDICA, *Globalizzazione e diritto*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 871: "l'imprenditore (...) cercherà di collocare la sede centrale della sua impresa in un paese dalla burocrazia efficiente e dalla moderata pressione tributaria (...); farà in modo di trarre profitto dal basso costo della mano d'opera di un paese del terzo mondo; comprerà le materie prime al miglior prezzo sul mercato internazionale; terrà conto dell'andamento della Borsa di Londra, di Francoforte o di Milano (...); sarà attento ai mutamenti del gusto dei consumatori e rapido nella riconversione della propria produzione industriale, e così via".

(³) Pur non essendo possibile ipotizzare in questa sede (neppure) una esaustiva elencazione dei lavori dedicati ai problemi della globalizzazione, deve essere doverosamente richiamato il saggio J. STIGLITZ, *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Torino, 2002. Per i rapporti sulla globalizzazione e il diritto v. G. IUDICA, *Globalizzazione e diritto*, cit., pp. 867 ss.; N. IRTI, *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, pp. 625 ss.; P. GROSSI, *Globalizzazione, diritto e scienza giuridica*, in *Foro it.*, 2002, V, 156. Ma v. anche la recente monografia di M.M. WINKLER, *Imprese multinazionali e ordinamento internazionale nell'era della globalizzazione*, Milano, 2008.

(⁴) Sulle difficoltà di una vera e propria armonizzazione delle legislazioni interne, intesa quale tensione verso una maggiore uniformità di regole v. M. FABIANI, *Diritto fallimentare*, Bologna, 2011, p. 43.

Di queste ultime, a ben guardare, la mancanza di regole idonee alla gestione delle insolvenze transfrontaliere finisce per enfatizzare le endemiche inefficienze ⁽⁵⁾. Inoltre, in assenza di adeguate previsioni legislative, può ben accadere che, all'apertura di una procedura concorsuale in un determinato Stato, solo una parte del patrimonio del debitore insolvente venga sottoposta all'esecuzione concorsuale, mentre i restanti beni, sparpagliati in altri Stati, restino soggetti ad altre procedure, o siano addirittura ignorati. In tali circostanze, comprensibilmente, si esasperano i conflitti scatenati dall'insolvenza: tra il debitore e i suoi creditori, così come tra i creditori stessi, in ragione della singolarità degli interessi perseguiti da ciascuno ⁽⁶⁾.

All'interno dell'Unione europea, in particolare, l'adozione di regole specifiche per le insolvenze transfrontaliere e la convergenza delle normative nazionali dedicate alle crisi d'impresa verso principi comuni sembrano porsi addirittura quale percorso obbligato per un sistema basato sulla pietra angolare dello spazio giuridico unico. La loro assenza, al contrario, potrebbe pregiudicare anche i risultati faticosamente raggiunti in altri campi del diritto delle imprese, nel corso del lungo processo d'integrazione ⁽⁷⁾.

⁽⁵⁾ Così D. GALLETTI, *L'insolvenza transfrontaliera nel settore bancario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, I, p. 547.

⁽⁶⁾ Di conflitto generalizzato di tutti contro tutti parla M. SCIUTO, *Crisi dell'impresa e crisi della sovranità statale nel mercato globale (convergenza, concorrenza e coordinamento delle norme nazionali)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 2, pp. 413 ss. Nel senso che il fallimento è terreno – talora aspro – di conflitti, v. M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, Torino, 2009, p. 19. Nel senso che la “potenziale divaricazione tra gli interessi dei soci e quella dei creditori (...) si accentua nel momento in cui il patrimonio netto si avvicina a zero e (...) la società si approssima all'insolvenza” v. F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali. Trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, Milano, 2010, p. 17. In giurisprudenza, nel senso che “il complesso dei creditori è una comunità involontaria” all'interno della quale ciascun creditore persegue i propri singoli interessi, v. Cass., 10 febbraio 2011, n. 3274, in *Foro it.*, 2011, I, c. 2095.

⁽⁷⁾ Con specifico riferimento al processo di armonizzazione nel diritto societario europeo v. G.B. PORTALE, “Armonizzazione” e “concorrenza” tra ordinamenti nel diritto societario europeo, in *Corriere Giuridico*, 2003, pp. 95 e 96. Da ultimo v. d. lgs. 27 gennaio 2010, n. 27 e d. lgs. 27 gennaio 2010, n. 39, che hanno recepito rispettivamente le direttive comunitarie n. 2007/36/CE e n. 2006/43/CE, intervenendo sui diritti degli azionisti di società quotate ed introducendo la nuova disciplina in tema di revisione legale dei conti. Della necessità di un “diritto commerciale internazionale, alle cui fondamenta si collochi il diritto concorsuale internazionale”, parla P. GOTTWALD, *Le insolvenze transfrontaliere: tendenze e soluzioni europee e mondiali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, pp. 149 ss.: l'Autore, prima di descrivere alcuni casi particolarmente problematici di insolvenze transfrontaliere (*Bank of Credit in Commerce International; United States Lines Inc.; Maxwell Communications Corporation plc; I.D. Herstadt Limited Company on Shares*), afferma, peraltro, che il complesso mondiale dei beni del debitore dovrebbe essere oggetto di procedure concorsuali in grado di garantire “la par condicio tra tutti i creditori su scala mondiale”.

In altre parole, il libero movimento di beni, capitali e servizi da uno Stato all'altro e l'osmosi costante in atto nel mercato comunitario hanno alimentato ed accresciuto l'esigenza di predisporre meccanismi ad ampio raggio per il governo delle insolvenze ⁽⁸⁾, nella consapevolezza che la mancata integrazione tra i diversi sistemi normativi nazionali potrebbe accentuare gli effetti degenerativi della concorrenza tra i diversi ordinamenti, con esiti non facilmente prevedibili ⁽⁹⁾. E comunque difficilmente compatibili con l'idea dello *spazio giuridico europeo*, all'interno del quale la garanzia di un'ampia libertà di scelta circa la disciplina cui sottoporre l'esercizio della propria attività d'impresa ⁽¹⁰⁾ va letta anche come possibilità di preferire il sistema normativo che offre maggiori vantaggi.

La mancata predisposizione di adeguati modelli per il governo delle insolvenze transfrontaliere, peraltro, rischia di avallare ingiustificabili disparità di trattamento tra i soggetti coinvolti a vario titolo nelle crisi d'impresa (sia debitori che creditori), consentendo, in particolare, al debitore insolvente di approfittare degli eventuali difetti di cooperazione e coordinamento per trasferire i suoi beni da uno Stato all'altro.

⁽⁸⁾ In generale, sui problemi derivanti dalle insolvenze transfrontaliere v. I.F. FLETCHER, *Insolvency in Private International Law. National and International Approaches*, 2 ed., Oxford, 2005; P. SMART, *Cross-Border Insolvency*, London, 1998; J. BARRET, *Various Legislative Attempts with Respect to Bankruptcies Involving More than One Country*, in *Texas International Law Journal*, 1998, pp. 557 ss.; M. WHEELER E R. OLDFIELD (ed.), *International Insolvency Procedures*, 2 ed., London, 1997; N. COOPER E R. JARVIS, *Recognition and Enforcements of Cross-Border Insolvency: A Guide to International Practice*, London, 1996; A. LUPONE, *L'insolvenza internazionale. Procedure concorsuali nello Stato e beni all'estero*, Padova, 1995; ID., *La convenzione comunitaria sulle procedure d'insolvenza e la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Contratto e impresa - Europa*, 1999, pp. 429 ss.; P. WOOD, *Principles of International Insolvency*, 2 ed., London, 2007; L. DANIELE, *Il fallimento del diritto internazionale privato e processuale*, Padova, 1987.

⁽⁹⁾ L. GHIA, *Profili internazionali del fallimento e fallimenti transfrontalieri*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di G. FAUCEGLIA e L. PANZANI, Milano, 2009, vol. III, p. 1924, sottolinea che anche i prodotti normativi possono funzionare quali strumenti di *marketing* da spendere sul piano internazionale. Sul funzionamento del "mercato delle regole" v. anche M. GELTER, *The structure of regulatory competition in European corporate law*, in *J. corp. l. stud.*, 2005, pp. 249 ss.; C. KIRCHNER, W. PAINTER, W.A. KAAL, *Regulatory competition in EU corporate law after Inspire Art: Unbundling Delaware's product for Europe*, in *ECFR*, 2005, pp. 160 ss.

⁽¹⁰⁾ Sulla libertà di stabilimento delle società e sugli orientamenti della Corte di Giustizia, in dottrina, v. tra gli altri: S. MECHELLI, *Libertà di stabilimento per le società comunitarie e diritto societario dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, II, pp. 83 ss.; A. PERRONE, *Dalla libertà di stabilimento alla competizione tra gli ordinamenti? Riflessioni sul "Caso Centros"*, in *Riv. soc.*, 2001, pp. 1292 e ss.; S. LOMBARDO, *La libertà comunitaria di stabilimento delle società dopo il caso «Uberseering»: tra armonizzazione e concorrenza fra ordinamenti*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2003, pp. 456 ss.; G. MARGIOTTA, *Il trasferimento della sede all'estero*, in *Notariato*, 2004, I, pp. 649 ss.

A ciò si aggiunga che la disciplina delle procedure concorsuali non incide solo sulle scelte imprenditoriali, ma anche su quelle che, nella allocazione degli investimenti, devono essere compiute dai finanziatori. Questi ultimi, infatti, dimostrano spesso di essere maggiormente interessati alle procedure previste in caso di dissesto, piuttosto che ai modelli di *corporate governance* ⁽¹¹⁾ concretamente adottati dai loro debitori. In ambito societario, in particolare, è oggi piuttosto diffusa l'idea secondo cui, maggiore è la probabilità di *default*, maggiore è la propensione dei soci ad avventurarsi in operazioni ad alto rischio, continuando nell'esercizio dell'attività d'impresa nonostante l'insolvenza si sia già manifestata. In effetti, se tali operazioni vanno a buon fine, la società potrà tornare *in bonis*, consentendo ai soci stessi di ottenere il *surplus* che gli spetta; al contrario, ove l'esito delle operazioni intraprese a ridosso della crisi fosse infausto, i proprietari del capitale rischierebbero di perdere solo quanto conferito, scaricando buona parte del rischio sui creditori ⁽¹²⁾ e surrogando, di fatto, questi ultimi a sé stessi nel ruolo di *residual claimants* ⁽¹³⁾.

In questo quadro, il diritto fallimentare, con le sue regole sull'inefficacia degli atti pregiudizievoli per i creditori, sull'insinuazione dei relativi crediti e sulla verifica del passivo, nonché sui poteri più o meno ampi riconosciuti agli stessi creditori nella gestione del patrimonio dell'imprenditore insolvente o

⁽¹¹⁾ v. D. GALLETTI, *L'insolvenza transfrontaliera nel settore bancario*, cit., p. 547. Nel senso che le nuove opportunità offerte dal concordato fallimentare riformato possono essere ascritte alla categoria di incentivi messi in campo dal legislatore per l'attrazione di investimenti sulle imprese v. M. FABIANI, *Contratto e processo nel concordato fallimentare*, cit., p. 6. Sul ruolo del diritto fallimentare nell'ambito dell'Unione europea nonché sull'importanza dei meccanismi di prevenzione e di reinserimento v. anche la Comunicazione della Commissione n. 584 del 2007, in particolare par. 3.2, su cui v. M. GUERNELLI, *Procedure concorsuali, politiche comunitarie e diritto interno: dalla prevenzione alla esdebitazione*, in *Fallimento*, 2008, p. 479. L. GHIA, *Gli obiettivi della Guida Legislativa sull'Insolvenza dell'UNCITRAL*, in *Fallimento*, p. 1229, fornisce alcune cifre che dimostrano come l'inefficienza delle procedure concorsuali italiane abbia scoraggiato gli investitori stranieri.

⁽¹²⁾ Sul tema è inevitabile il rinvio a L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa tra diritto ed economia*, Bologna, 2007, pp. 41 ss.; nonché, con specifico riferimento alle responsabilità degli amministratori, ID., *Directors' duties and the optimal timing of insolvency. A reassessment of the "recapitalize or liquidate" rule*, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze. Studi in onore di Giuseppe Zanon*, diretto da P. BENAZZO, M. CERA, S. PATRIARCA, Torino, 2011, pp. 734 ss. Ma v. anche H.C. HIRT, *The wrongful trading remedy in UK law: classification, application and practical significance*, in *ECFR*, 2004, pp. 71 ss.; F. DENOZZA, *A che serve il capitale?*, in *Giur. comm.*, 2002, I, pp. 585 ss. Per un suggerimento sull'individuazione del momento iniziale della crisi v. A. MAZZONI, *Capitale sociale, indebitamento, e circolazione atipica del controllo*, in *La società per azioni oggi*, a cura di P. BALZARINI, G. CARCANO e M. VENTORUZZO, I, Milano, 2007, p. 531.

⁽¹³⁾ L. STANGHELLINI, *Le crisi di impresa*, cit., pp. 51 ss.; ID., *Directors' duties and the optimal timing of insolvency*, cit., p. 734, spec. nt. 1.

nell'elaborazione ed approvazione di soluzioni concordate alla crisi d'impresa, si affianca al diritto societario nel tentativo di bilanciare i molteplici interessi che ruotano intorno alle società. Peraltro, è proprio la certezza del ruolo che le procedure concorsuali hanno assunto all'interno di ogni sistema economico ad aver generato le spinte riformatrici che hanno investito le legislazioni più avanzate nel campo del diritto dell'insolvenza ⁽¹⁴⁾.

Il trattamento concorsuale costituisce uno strumento di tutela dell'obbligazione a disposizione dei creditori. Allo stesso tempo, esso si pone quale efficace modalità di ripartizione del rischio d'insolvenza fra tutti coloro che ne risultano coinvolti in un determinato contesto temporale ⁽¹⁵⁾.

Classico esempio di come il diritto fallimentare, pur operando in teoria *ex post*, ossia dopo la manifestazione e l'accertamento della crisi, dimostri cionondimeno attitudine a produrre effetti *ex ante*, sono i *covenants*, intesi quali meccanismi contrattuali con cui i creditori possono autonomamente tutelarsi contro il rischio d'insolvenza del loro debitore ⁽¹⁶⁾.

In modo ancora più esplicito, si può dire che, per quanto il diritto delle procedure concorsuali sia pensato per trovare applicazione principalmente dopo l'apertura delle procedure stesse, molte delle sue regole finiscono per influenzare il comportamento dell'imprenditore e dei suoi (potenziali) creditori anche prima che si manifesti una fase patologica di crisi. A tal proposito, con specifico riferimento alla disciplina delle società di capitali, si è recentemente affermato che

⁽¹⁴⁾ Cfr. M. GUERNELLI, *Il diritto inglese dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2009, I, p. 870; nonché ID., *La riforma delle procedure concorsuali in Francia e in Italia*, *ivi*, 2008, I, pp. 256 ss.; L. STANGHELLINI, *Directors' duties and the optimal timing of insolvency*, *cit.*, p. 734: "*Bankruptcy is a necessary ingredient of a market economy*". In termini più generali, nel senso che nel mondo contemporaneo l'economia condiziona il diritto, e che quest'ultimo a sua volta incide sulle scelte di natura economica v. S. ALAGNA, *Mercato globale e diritto dell'impresa*, *cit.*, p. 24.

⁽¹⁵⁾ In questo senso D. GALLETI, *Le esternalità dell'insolvenza correlate alla struttura di rete ed il fondamento del trattamento concorsuale*, in *Le crisi dell'impresa nelle reti e nei gruppi*, a cura di F. CAFAGGI e D. GALLETI, Padova, 2005, p. 23.

⁽¹⁶⁾ F.M. MUCCIARELLI, *op. cit.*, p. 18, secondo cui "*i creditori potrebbero ad esempio richiedere alla società debitrice ancora in bonis di limitare per contratto la distribuzione del patrimonio, garanzie reali su beni della società*", oppure "*ottenere garanzie reali su beni della società, che nella stragrande maggioranza degli ordinamenti (...) vengono sottratte alla falcidia fallimentare*". L'accento ai *covenants* impone poi di distinguere tra: i) creditori che sono per l'appunto capaci di imporre alla società debitrice tali meccanismi contrattuali di protezione, o di farsi riconoscere particolari diritti amministrativi o di *voice* (c.d. *adjusting creditors*); ii) creditori che, viceversa, non hanno tale potere contrattuale, e non possono conseguentemente tutelarsi da soli contro rischio di insolvenza del debitore (c.d. "*non adjusting creditors*"). Sul tema dei *covenants* v. G. PIEPOLI, *Profili civilistici dei covenants*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, I, pp. 498 ss. Sul comportamento dei creditori *non adjusting* v. L. ENRIQUES e M. GELTER, *Regulatory competition in European company law and creditor protection*, in *EBOR*, 2006, p. 430.

“per comprendere come il problema di agenzia tra soci e creditori si atteggi mentre la società è in bonis è opportuno osservare anche le regole che si applicheranno in caso di insolvenza”⁽¹⁷⁾.

Indipendentemente dal valore riconosciuto alla scomposizione degli interessi che ruotano intorno alle società in distinti “*rapporti di agenzia*”, non pare ragionevolmente contestabile l’influenza congiunta del diritto fallimentare e del diritto societario sulle scelte compiute, sia dal debitore che dai propri creditori, nell’esercizio quotidiano dell’attività d’impresa. Ciò equivale a dire che, in ogni ordinamento, di regola, dovrebbe essere possibile rintracciare un certo grado di complementarità tra regole fallimentari e societarie, nel bilanciamento dei contrapposti interessi che ruotano intorno alle società. Proprio tale complementarità, tuttavia, potrebbe venire meno nei casi di insolvenze *cross border*, laddove diritto societario e fallimentare si basino su differenti “criteri di collegamento”. In siffatte circostanze, caratterizzate dallo svolgimento dell’attività d’impresa in Stati diversi rispetto a quello della *lex societatis*, l’ipotetica iniziale simmetria tra quest’ultima e la *lex concursus* potrebbe reggere solo fino a che la società resti *in bonis*; viceversa, in caso di insolvenza, la stessa società potrebbe essere assoggettata alla *lex concursus* di un differente ordinamento giuridico, diversa, pertanto, rispetto a quella che *ex ante* potrebbe aver influenzato l’atteggiamento e le scelte dei soci, dei creditori e degli amministratori⁽¹⁸⁾. Ciò spiega, almeno in parte, l’ansia manifestata dagli operatori nell’individuazione di

⁽¹⁷⁾ Così F.M. MUCCIARELLI, *op. cit.*, p. 26, secondo cui, inoltre, si possono individuare nel diritto fallimentare tre classi di regole giuridiche che, pur operando *ex post*, possono avere influenza sul rapporto di agenzia tra soci-proprietari e creditori, oltre che sulla condotta degli amministratori: i) la disciplina della responsabilità degli amministratori per gli atti compiuti in prossimità del sopraggiungere dell’insolvenza (es. *wrongful trading* del diritto inglese); ii) la disciplina della revocatoria fallimentare (che potrebbe essere complementare alle regole dettate dal diritto societario a tutela dei creditori: es. capitale sociale); iii) le regole di ripartizione dell’attivo tra i creditori (“*l’esistenza del credito, la sua entità e le garanzie reali che lo assistono dipendono (...) dalla legge sostanziale che regola il credito o la garanzia, che potrebbe essere diversa tanto dalla lex societatis quanto dalla lex concursus*”). In generale, sui “problemi di agenzia” è necessario il rinvio a J. ARMOUR, *Who should make company law: EC legislation versus regulatory competition*, in *Current legal problems*, 2005, p. 372 e p. 401; H. HANSMANN, *The ownership of enterprise* (trad. it. *La proprietà dell’impresa*), Bologna, 2005; R.R. KRAAKMANN, P. DAVIES, H. HANSMANN, G. HERTIG, K.J. HOPT, H. KANDA, E.B. ROCK, *Diritto societario comparato*, a cura di L. ENRIQUES, Bologna, 2006, pp. 29 ss.

⁽¹⁸⁾ Alle conseguenze che i trasferimenti di sede determinano sui problemi di agenzia tipici delle società di capitali, tenuto conto della stretta complementarità del diritto societario e fallimentare, è dedicata la recente monografia di F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali, trasferimento all’estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, cit. Per la constatazione cui si fa riferimento nel testo v. p. 30, nonché pp. 207 ss.

criteri di riparto della giurisdizione internazionale quanto più possibile prevedibili per i terzi che contrattano con l'imprenditore.

Quanto alla tutela degli interessi dei creditori, con cui ogni procedura concorsuale deve necessariamente misurarsi ed a cui ogni procedura dovrebbe tendere, va detto, infine, che il principio della *par condicio creditorum* ⁽¹⁹⁾, sebbene generalmente riconosciuto in ogni ordinamento statale, raramente riesce a trovare compiuta applicazione laddove la procedura concorsuale riguardi un'impresa caratterizzata dalla natura internazionale dell'attività e dalla dislocazione dei propri beni in Stati differenti ⁽²⁰⁾.

2.- Modelli di governo delle insolvenze transfrontaliere: le diverse declinazioni del principio di universalità.

Sul terreno dell'insolvenza transfrontaliera – *cross border insolvency* – si danno battaglia principi su cui sono erette le fondamenta stesse delle procedure concorsuali e che orientano a monte le scelte di politica legislativa compiute dai singoli Stati.

L'intuitivo riferimento è all'eterna dicotomia tra i principi di universalità e di territorialità, rispetto alla quale la sfida degli interpreti è stata (e sembra essere tuttora) quella di individuare meccanismi di composizione che rendano possibile, da un lato, la convivenza tra opposti modelli nazionali di governo delle crisi

⁽¹⁹⁾ All'esito della lunga stagione riformatrice, l'assetto della *par condicio creditorum* nel nostro diritto fallimentare sembra aver subito dei contraccolpi, dovuti al tentativo di riequilibrio degli interessi eterogenei che si agitano intorno alle procedure concorsuali. Espressione del nuovo corso della *par condicio* è forse anche la nuova disciplina dell'azione revocatoria fallimentare, così come la previsione della creazione di classi di creditori nei concordati. Per una riflessione su questi temi v. A. PATTI, *Natura dell'azione revocatoria fallimentare: le Sezioni Unite difendono il feticcio della par condicio*, in *Fallimento*, 2006, pp. 1136 ss.; nonché, prima delle riforme delle procedure concorsuali, D. GALLETTI, *Le esternalità dell'insolvenza correlate alla struttura di rete ed il fondamento del trattamento concorsuale*, in *Le crisi dell'impresa nelle reti e nei gruppi*, cit., p. 24; M. FABIANI, *Il definitivo tramonto della concorsualità sistematizzata*, in *Fallimento*, 1999, p. 585.

⁽²⁰⁾ In questo senso S.M. CARBONE, *Il c.d. fallimento internazionale tra riforma italiana del d.i.p. e normativa di diritto uniforme*, in *Dir. comm. internaz.*, 1998, p. 634. Nel senso che una delle questioni più spinose poste dalla dimensione transfrontaliera delle insolvenze sia quella della parità di trattamento tra creditori esteri in concorso con quelli nazionali v. anche A. BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Bologna, 2009, p. 36. Sul punto v. A. LUPONE, *L'insolvenza transnazionale*, Padova, 1995, pp. 54 ss.; G. FRANCHI, *Fallimento: XVII) Diritto internazionale privato e processuale*, in *Enciclopedia Giuridica*, XIII, 1989, p. 5; nonché P.J. OMAR, *European Insolvency Law*, Aldershot, 2004, p. 22 e p. 23.

d'impresa ⁽²¹⁾, nonché, dall'altro, l'individuazione del modello internazionalistico più efficiente per la gestione delle insolvenze transfrontaliere.

In via di prima approssimazione, si può affermare che sono almeno tre i possibili modelli di politica legislativa cui affidarsi per la gestione delle insolvenze *cross border*, ispirati rispettivamente ai principi di:

- i) universalità pura;
- ii) territorialità;
- iii) universalità limitata o attenuata.

Nei successivi paragrafi si cercherà di evidenziarne sinteticamente le caratteristiche, tentando un raffronto tra le diverse interpretazioni che dei suddetti principi sono offerte, sia sul piano interno, sia su quello internazionale. Ci si soffermerà, in particolare, sul principio di universalità nel fallimento e sulle sue possibili declinazioni.

2.1.- Universalità oggettiva e responsabilità patrimoniale.

Sul piano internazionale, un ordinamento che accetta incondizionatamente il dogma dell'universalità pura concepisce:

a1) una sola legge concorsuale applicabile in caso di insolvenza del debitore (c.d. *lex fori concursus*), alla quale è demandata, tra l'altro, l'individuazione delle finalità della procedura e delle regole di insinuazione al passivo dei crediti, quand'anche sorti in diversi ordinamenti giuridici;

⁽²¹⁾ Sulla contrapposizione tra i principi di universalità e territorialità cui possono ispirarsi le procedure d'insolvenza v. G. ENRIQUES, *Universalità e territorialità del fallimento nel diritto internazionale privato*, Roma, 1934, pp. 1 ss., il quale però non ritiene sia possibile individuare un criterio unico per tutte le questioni legate a un fallimento, dal momento che esso pone una varietà di questioni giuridiche, per ognuna delle quali occorrerebbe vagliare l'applicazione universale o territoriale delle relative norme giuridiche (p. 104); G. BONGIORNO, *Universalità e territorialità del fallimento (problemi antichi ma sempre più attuali)*, in *Dir. fall.*, 1991, I, pp. 666 ss.; ID., *Osservazioni in tema di universalità e territorialità nel fallimento*, in *Dir. fall.*, 1974, I, pp. 284 ss.; G.A. MICHELI, *Unità ed universalità del fallimento nel progetto di convenzione relativa al fallimento, concordati e procedure analoghe nella CEE*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 1971, I, pp. 557 ss. Più recentemente v. P. DE CESARI, *Le fonti in materia di insolvenza transfrontaliera*, in *Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, a cura di P. DE CESARI e G. MONTELLA, Milano, 2004, pp. 5 ss.; G. RAGUSA MAGGIORE, *Linee generali di coordinamento tra le procedure concorsuali in Italia e in Europa*, in *Crisi d'impresa e procedure concorsuali in Italia e in Europa*, Padova, 2002; K. PANNEN e S. RIEDEMANN, *Introduction*, in *European Insolvency Regulation*, K. PANNEN (ed.), Berlin, 2007, p. 16; I. MEVORACH, *Insolvency within Multinational Enterprise Groups*, Oxford, 2009, pp. 65 ss.

a2) un solo giudice competente (*rectius*: dotato di giurisdizione), le cui decisioni dovrebbero essere automaticamente riconosciute ed eseguite anche all'estero;

a3) una sola procedura capace di coinvolgere tutti i beni del debitore e tutti i suoi creditori, ovunque essi siano, rispettivamente, situati o domiciliati, con evidente attitudine espansiva delle norme di diritto fallimentare dello Stato di apertura (c.d. *unity of bankruptcy*) ⁽²²⁾.

Sul piano interno, la nostra legge fallimentare si caratterizza per la presenza di diverse disposizioni riconducibili al principio di universalità c.d. oggettiva, con tale espressione intendendosi l'attitudine del fallimento a ricomprendere l'intero patrimonio dell'imprenditore insolvente e tutti i beni che lo compongono; il fine perseguito è, ovviamente, quello di devolverli alla soddisfazione dei creditori, in ossequio alle logiche della *par condicio* ⁽²³⁾, anesttizzando in tal modo le iniziative esecutive individuali.

Si pensi, in primo luogo, a quanto previsto dall'art. 42, co. 1, l. fall., secondo cui l'imprenditore fallito è privato dell'amministrazione e della disponibilità di tutti i suoi beni esistenti alla data di dichiarazione di fallimento. Sul punto, è evidente la differenza rispetto all'esecuzione individuale disciplinata nel codice di procedura civile, per quanto non manchino anche in questo caso alcuni specifici profili di concorsualità: mentre con la dichiarazione di fallimento il vincolo espropriativo colpisce tutto il patrimonio del debitore, nell'esecuzione individuale sono destinati alla soddisfazione del creditore procedente (e di quelli eventualmente intervenuti) soltanto i singoli cespiti oggetto di pignoramento ⁽²⁴⁾.

⁽²²⁾ M. VIRGÓS e F. GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, The Hague, 2004, p. 12, i quali evidenziano anche alcune possibili modalità di attenuazione dell'universalità, tra le quali, ad esempio, la previsione di eccezioni (più o meno ampie) all'applicazione della *lex fori concursus*. Sul punto v. anche I. MEVORACH, *Insolvency within Multinational Enterprise Groups*, cit., p. 65.

⁽²³⁾ F. FERRARA jr., *Il fallimento*, IV ed., a cura di A. BORGIOLI, Milano, 1989, p. 40, nel descrivere le principali caratteristiche della procedura fallimentare, parla di universalità (riguardo all'oggetto) e generalità (riguardo ai destinatari). A tal riguardo, si è anche affermato "*il fallimento è un giudizio universale, così in rapporto all'attivo che al passivo; poiché esso ha per scopo la liquidazione dell'intero patrimonio del debitore a soddisfazione di tutti i creditori*" v. G. BONELLI, *Del fallimento*, I, Milano, 1923, p. 136. Nel senso che lo scopo di attuare la *par condicio creditorum* ha determinato il carattere universale ed unitario delle procedure v. S. DI AMATO, *Le procedure di insolvenza nell'Unione Europea: competenza, legge applicabile e disciplina transfrontaliera*, in *Fallimento*, 2002, p. 693.

⁽²⁴⁾ Sul tema v. L. ABETE, *Esecuzione individuale ed esecuzione concorsuale*, in *Fallimento e concordati. Le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi d'impresa dopo le riforme*, a cura di P. CELENTANO e E. FORGILLO, Torino, 2008, pp. 1 – 13. Nel senso che il fallimento rappresenta una esecuzione collettiva che riguarda l'universalità dei creditori e dei beni perseguibili del debitore v.

Inoltre, ai sensi dell'art. 42, co. 2, l. fall., lo spossessamento che segue la dichiarazione di fallimento si estende anche ai beni che pervengano all'imprenditore fallito nel corso della procedura, dedotte le sole passività incontrate per l'acquisto e la conservazione dei beni medesimi.

Quella dell'universalità oggettiva è dunque formula che si traduce nella tendenza del fallimento a catturare, devolvendolo alla propria causa, l'intero patrimonio del debitore insolvente. In quanto tale, essa è direttamente riconducibile ad altro principio cardine del nostro sistema di diritto privato, ovvero quello della responsabilità patrimoniale del debitore, cristallizzato nelle disposizioni dell'art. 2740 c.c., stando al quale il debitore risponde delle sue obbligazioni con tutti i suoi beni, presenti e futuri. Di tale norma, le disposizioni della legge fallimentare cui si faceva poc'anzi riferimento, non solo condividono la *ratio*, ma rappresentano al contempo i più efficaci e concreti strumenti di attuazione.

Del resto, l'art. 42 l. fall. è stato solo parzialmente modificato dal d. lgs., 9 gennaio 2006, n. 5. La *Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali*, infatti, ha semplicemente aggiunto un nuovo comma (il terzo), al fine di consentire al curatore di rinunciare a beni che pervengano nel patrimonio del fallito nel corso della procedura, qualora il presumibile valore di realizzo sia inferiore ai costi che si devono immediatamente sostenere per l'acquisto e la conservazione. Resta evidentemente ferma e riconoscibile l'impostazione di fondo consacrata nel comma primo e nel comma secondo, nel segno della universalità oggettiva della responsabilità patrimoniale.

Se la procedura fallimentare dimostra, come abbiamo visto, attitudine a investire l'intero patrimonio dell'imprenditore insolvente, questo significa che lo stesso debitore e lo stesso patrimonio non possono che essere sottoposti ad un'unica procedura concorsuale. In altri termini, dall'universalità oggettiva che caratterizza il fallimento, discende anche la sua unicità, sicché lo stesso

R. PROVINCIALI, *Trattato di diritto fallimentare*, II, Milano, 1974, II, p. 887. Di pignoramento generale scaturito dal fallimento parla B. MEOLI, *Effetti sui rapporti giuridici preesistenti*, in *Trattato di diritto fallimentare*, II, a cura di V. BUONOCORE e A. BASSI, Padova, 2010, p. 415. In giurisprudenza, nel senso che la presentazione del ricorso per l'omologazione di un accordo di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall. non impedisce l'iniziativa per la dichiarazione di fallimento v. Trib. Milano, 10 novembre 2009 (decr.), in *Foro it.*, 2010, I, 297: in particolare, l'istanza di fallimento non è inibita ai sensi del co. 3, art. 182-bis, l. fall., poiché introduce un tema decisionale estraneo alla singola procedura esecutiva o cautelare.

imprenditore non dovrebbe né potrebbe essere sottoposto contemporaneamente a due o più procedure concorsuali ⁽²⁵⁾.

Sul piano internazionale, applicare stoicamente e integralmente il principio di universalità – *full universal insolvency* – significherebbe attribuire, in via esclusiva, all'autorità di un solo Stato il potere di aprire una determinata procedura concorsuale nei confronti del debitore insolvente. In tal modo, la liquidazione o la riorganizzazione, cui la procedura potrebbe essere alternativamente finalizzata, dovrebbero riguardare l'impresa nel suo complesso, quand'anche beni e creditori fossero situati o radicati in altri Stati ⁽²⁶⁾; la procedura concorsuale aperta, inoltre, sarebbe in ogni caso l'unica possibile a carico del medesimo debitore, coinvolgendone necessariamente l'intero patrimonio; la legge dello Stato di apertura, infine, dovrebbe essere la sola a trovare applicazione, anche nell'ambito dei diversi ordinamenti stranieri interessati, con conseguente espansione dei propri effetti ben oltre i confini dello Stato in cui la procedura ha avuto inizio.

In dottrina ⁽²⁷⁾, i vantaggi del modello universalistico sono stati ricondotti:

b1) alla più agevole e prevedibile individuazione, da parte dei terzi, di un'unica legge concorsuale, cui è affidato il governo dell'unica procedura d'insolvenza, piuttosto che di una pluralità di leggi applicabili ad una pluralità di procedure;

b2) alla sostanziale irrilevanza di eventuali trasferimenti di beni disposti dal debitore insolvente, sia per quanto riguarda, in generale, la scelta della legge fallimentare applicabile, sia per quanto concerne, in particolare, gli effetti che l'apertura della procedura comporta a carico dello stesso debitore;

b3) al contenimento entro limiti ragionevoli dei costi di gestione della procedura, conseguenza ovvia e diretta della sua unicità;

b4) alla riduzione *ex ante* del costo del credito, dovuta, a sua volta, alla maggiore prevedibilità della *lex concursus* applicabile e dei suoi effetti;

⁽²⁵⁾ S. BONFATTI e P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007, p. 11. Sul tema del fallimento plurimo v. M. VANZETTI, *Pluralità di dichiarazioni di fallimento nei confronti di un medesimo soggetto: la disciplina dettata dall'art. 9-ter l. fall.*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 1038 ss.

⁽²⁶⁾ Sul punto v. A. LUPONE, *L'insolvenza transfrontaliera. Procedure concorsuali nello Stato e beni all'estero*, Padova, 1995, p. 55; nonché G. BONGIORNO, *Osservazioni in tema di universalità e territorialità del fallimento*, in *Dir. fall.*, 1974, I, p. 261.

⁽²⁷⁾ M. VIRGÓS e F. GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation*, cit., p. 14.

b5) alla possibilità di disincentivare la corsa dei creditori a richiedere l'apertura di procedure concorsuali, finalizzate esclusivamente a neutralizzare gli effetti pregiudizievoli dei trasferimenti di beni.

Il modello ispirato al principio di universalità pura propone, in sintesi, il radicamento della giurisdizione in favore di un unico tribunale e l'applicazione di un'unica *lex concursus*. In tal modo, esso dimostra una chiara propensione a garantire la massima efficienza dell'unica procedura concorsuale ipotizzabile a carico del debitore insolvente, mediante il tendenziale azzeramento degli inconvenienti connessi ai conflitti di leggi. Il prezzo da pagare è però molto alto, dal momento che questa declinazione radicale del modello universalistico finisce per comprimere del tutto l'operatività delle procedure concorsuali straniere, e con esse l'autorità e le *policies* degli Stati che le hanno predisposte.

2.2.- Limiti alla universalità e principio di territorialità.

Nell'applicazione del principio di universalità pura sono individuabili diverse tipologie di limiti.

Sul piano interno, alcuni di essi derivano dalla stessa legge fallimentare:

a1) l'art. 46, ad esempio, individua alcune categorie di beni esclusi dalla espropriazione fallimentare ⁽²⁸⁾;

a2) l'art. 104-ter, dedicato al *business plan* dell'insolvenza, prevede che il curatore possa, in determinate circostanze, rinunciare ad acquisire all'attivo o a liquidare uno o più beni (co. 7) ⁽²⁹⁾;

⁽²⁸⁾ Ai sensi dell'art. 46 l. fall., co. 1, riformato dall'art. 43, d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, non sono compresi nel fallimento: i beni ed i diritti di natura strettamente personale; gli assegni aventi carattere alimentare, gli stipendi, pensioni, salari e ciò che il fallito guadagna con la sua attività entro i limiti di quanto occorre per il mantenimento suo e della famiglia; i frutti derivanti dall'usufrutto legale sui beni dei figli, i beni costituiti in fondo patrimoniale e i frutti di essi, salvo quanto è disposto dall'articolo 170 c.c.; le cose che non possono essere pignorate per disposizione di legge.

⁽²⁹⁾ L'art. 104-ter l. fall., introdotto con d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, successivamente modificato dal d. lgs. 12 settembre 2007, n. 169, è dedicato al *programma di liquidazione*, che il curatore deve predisporre entro sessanta giorni dalla redazione dell'inventario per poi sottoporlo all'approvazione del comitato dei creditori; esso costituisce l'atto di pianificazione e di indirizzo in ordine alle modalità e ai termini previsti per la realizzazione dell'attivo, e deve contenere, tra le altre, specifiche indicazioni relative a: a) l'opportunità di disporre l'esercizio provvisorio dell'impresa, ovvero l'opportunità di autorizzare l'affitto dell'azienda; b) la sussistenza di proposte

a3) di tenore simile, come si è già visto, sono le disposizioni del nuovo art. 42, co. 3.

Sul piano internazionale, in presenza di elementi di estraneità rispetto all'ordinamento giuridico italiano, limite all'universalità del fallimento è quello che deriva dal carattere territoriale della legge fallimentare italiana, a sua volta legato alla territorialità dell'esecuzione forzata in sede processuale sui beni del debitore ⁽³⁰⁾. Era opinione comune, infatti, che il fallimento non potesse produrre effetti e trovare applicazione al di fuori dei confini nazionali, salvo che non fossero intervenute specifiche convenzioni internazionali ⁽³¹⁾.

A ben guardare, è la stessa struttura delle procedure concorsuali nostrane a determinarne la vocazione territoriale, da intendere, quest'ultima, quale sinonimo di applicabilità della *lex concursus* esclusivamente all'interno dei confini nazionali, con conseguente estensione degli effetti ai soli beni che ivi si collocano ⁽³²⁾.

Tali procedure, infatti, sono fondate sul potere d'imperio dell'autorità statale: lo Stato ne seleziona i soggetti passivi e ne consacra i presupposti oggettivi (cfr. artt. 1, 5, 160 l. fall.); impone al debitore lo spossessamento (cfr. artt. 42 e 167 l. fall.) e subordina la soddisfazione dei crediti alla partecipazione al concorso (cfr. art. 52 l. fall.). Ne discende che, in caso di fallimento dichiarato in Italia, il potere attribuito agli organi della procedura italiana non potrebbe, in quanto tale, irradiarsi su beni del debitore che siano eventualmente situati all'estero. Essi saranno, al contrario, soggetti all'ordinamento del *forum rei sitae*, ossia alla sovranità di uno Stato diverso rispetto a quello di apertura della procedura ⁽³³⁾. Per

di concordato ed il loro contenuto; c) le azioni risarcitorie, recuperatorie o revocatorie da esercitare ed il loro possibile esito; d) le possibilità di cessione unitaria dell'azienda, di singoli rami, di beni o di rapporti giuridici individuabili in blocco.

⁽³⁰⁾ G. FRANCHI, *Fallimento: XVII Diritto internazionale privato e processuale*, in *Enciclopedia Giuridica*, XIII, 1989, p. 2: "un'esecuzione (...) non può farsi dove manca il suo oggetto. Se perciò il patrimonio del debitore è l'oggetto dell'esecuzione collettiva, il principio di territorialità dovrebbe imporsi e perciò dovrebbero potersi dichiarare tanti fallimenti quanti sono gli Stati in cui è distribuito il patrimonio dell'insolvente"; nonché p. 5: "Se il fallimento è considerato un'esecuzione, sia pure collettiva, non può estendere i propri effetti all'estero, perché ogni esecuzione è localizzata".

⁽³¹⁾ Così P.F. CENSONI, *Il Fallimento*, in *Diritto Fallimentare*, coordinato da A. MAFFEI ALBERTI, Bologna, 2002, p. 19.

⁽³²⁾ M. SANDULLI, *La crisi dell'impresa. Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2009, p. 247.

⁽³³⁾ In giurisprudenza cfr. Cass., sez. unite, 19 dicembre 1990, n. 12031, in *Foro it.*, 1991, I, 1482; in *Giur. comm.*, 1992, II, pp. 34 ss.; in *Fallimento*, 1991, pp. 574 ss., con nota di E. MAUPOIL, *Il curatore ed i beni del fallito siti all'estero: iniziative corrette (e meno corrette) per la*

acquisirne il possesso, il curatore dovrà preliminarmente ottenere il riconoscimento della sentenza dichiarativa da parte dello Stato in cui i beni sono situati, e, solo in seguito, potrà ricorrere agli strumenti di tutela predisposti dall'ordinamento straniero ⁽³⁴⁾. Va da sé che, in assenza di riconoscimento, i beni del debitore insolvente situati all'estero dovrebbero rimanere esposti all'iniziativa individuale dei singoli creditori, a dispetto delle esigenze connesse al principio apparentemente granitico dell'universalità.

Pertanto, mentre sul piano interno non v'è motivo per mettere in discussione l'efficienza del modello di governo universalistico, nei rapporti esterni, a salvaguardia delle prerogative rivendicate dalle singole discipline nazionali, ha trovato ampio riconoscimento anche quello ispirato all'opposto principio di territorialità.

Peraltro, si è recentemente osservato che, in un quadro più generale, l'applicazione del modello universalistico puro comporterebbe almeno due tipi di inconvenienti: dal punto di vista pratico, per assoggettare alla vendita forzata i beni che si trovano in Stati diversi rispetto a quello della *lex fori concursus*, sarebbe pur sempre necessaria la collaborazione dell'ordinamento in cui gli stessi beni sono situati; dal punto di vista giuspolitico, il principio di universalità, estendendo a tutti i creditori le regole di priorità e di riparto individuate dalla *lex fori concursus* ⁽³⁵⁾, entrerebbe in conflitto con i criteri di giustizia distributiva

loro acquisizione; in *Giur. it.*, 1991, pp. 909 ss., secondo cui il curatore del fallimento dichiarato in Italia, per acquisire alla massa fallimentare attiva i beni del debitore insolvente ubicati all'estero, o recuperare le somme conseguite attraverso esecuzioni forzate singolari all'estero, deve ricorrere ai mezzi di tutela giurisdizionale eventualmente esperibili dinanzi al giudice straniero.

⁽³⁴⁾ Sul punto v. G. FRANCHI, *Fallimento: XVII) Diritto internazionale privato e processuale*, in *Enciclopedia Giuridica*, XIII, 1989, p. 3, il quale, peraltro, precisa che “l'esecuzione promossa dal curatore italiano all'estero è singolare” e, per tale motivo “qualunque altro creditore può intervenire”; L. DANIELE, *Fallimento: XVII) Diritto internazionale privato e processuale*, in *Enciclopedia Giuridica*, XIII, Roma, 1998, p. 5; M. GIULIANO, voce *Fallimento (dir. intern.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1967, vol. XVI, p. 243.

⁽³⁵⁾ Sulla questione della legge applicabile in sede di verifica del passivo e di riparto v. L. DANIELE, *Fallimento: XVII) Diritto internazionale privato e processuale*, in *Enciclopedia Giuridica*, XIII, Roma, 1998, p. 7, secondo cui devono essere distinti: *i)* gli aspetti procedurali (forme e termini per le domande di insinuazione; procedimento di verifica; impugnazioni contro il decreto che rende esecutivo lo stato passivo), regolati dalla legge italiana; *ii)* dagli aspetti sostanziali, regolati dalla legge (eventualmente straniera) designata dalle norme di conflitto di volta in volta applicabili; ciò comporta che i diritti reali di garanzia e, secondo alcuni, i privilegi speciali saranno riconosciuti nell'ambito di un fallimento italiano nella misura in cui sussistano secondo la *lex rei sitae*; più incerta è invece l'individuazione della legge applicabile ai privilegi generali; non si potrà però prescindere dal diritto italiano (inteso quale *lex fori*) quando si tratterà di regolare il concorso tra i diritti di prelazione e di stabilirne il rispettivo rango. Nel senso che la *lex fori* costituisce il parametro di riferimento per l'individuazione dei crediti prededucibili v. Trib. Genova, 18 maggio 1988, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 1988, p. 770. Per la constatazione che

selezionati da ogni singolo ordinamento ⁽³⁶⁾. Ulteriori problemi potrebbero derivare, inoltre, dall'eventuale incertezza sui criteri di individuazione dell'*home country* del debitore che svolge attività d'impresa *cross border* ⁽³⁷⁾: in altre parole, il funzionamento del modello *full universal* presuppone che i criteri di collegamento su cui si fonda l'individuazione della giurisdizione e della legge applicabile siano a prova di manipolazione.

Nel modello territorialistico – *territorial insolvency* – ad ogni ordinamento statale è invece riservata una quota di giurisdizione corrispondente ad una frazione di patrimonio del debitore in crisi. In altre parole, ogni singola *lex concursus* trova applicazione con specifico riferimento ai beni e alle attività del debitore situate sul territorio dello Stato di apertura. Tale modello, combinando la limitazione spaziale degli effetti della *lex concursus* con il carattere assoluto della sovranità territoriale, prospetta la naturale convivenza di più procedure concorsuali indipendenti, con effetti limitati, a carico dello stesso debitore ed enfatizza la frammentazione degli ordinamenti eventualmente interessati alla gestione dell'insolvenza ⁽³⁸⁾.

Ogni singola *lex fori concursus* è in tal modo chiamata a regolare una procedura concorsuale inerente a una quota del patrimonio del debitore (i soli beni

“sarà la *lex fori* quella in base alla quale dovranno essere risolti i vari problemi relativi alla ripartizione del ricavo della liquidazione fallimentare tra i creditori concorrenti” v. M. GIULIANO, voce *Fallimento (dir. intern.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1967, vol. XVI, p. 245. Sulla graduazione dei crediti nel diritto fallimentare inglese v. da ultimo M. GUERNELLI, *Il diritto inglese dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2009, I, pp. 888 e 889.

⁽³⁶⁾ La riflessione è di F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali*, cit., p. 206. Sul punto v. anche A. LUPONE, *L'insolvenza transnazionale*, cit., p. 61; A. MAZZONI, *Osservazioni in tema di gruppo transnazionale insolvente*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, fasc. 4, p. 8; I. MEVORACH, *Insolvency within Multinational Enterprise Groups*, cit., p. 67 e p. 68.

⁽³⁷⁾ In questo senso v. I. MEVORACH, *Insolvency within Multinational Enterprise Groups*, cit., p. 72.

⁽³⁸⁾ Sul punto v. I. MEVORACH, *Insolvency within Multinational Enterprise Groups*, cit., p. 71 ss.: “*this approach opts for ‘state by state’ insolvency, irrespective of the facts that the enterprise operates globally*”.

e le attività situati nello Stato di riferimento) ⁽³⁹⁾, con conseguente moltiplicazione delle procedure riferibili allo stesso soggetto (e allo stesso patrimonio) ⁽⁴⁰⁾.

In linea generale, il modello territorialistico non preclude ai creditori stranieri di partecipare alle singole procedure territoriali pendenti all'estero, ma tale possibilità è pesantemente condizionata, oltre che dalla diligenza richiesta agli stessi creditori, anche dalla loro concreta capacità di acquisire informazioni e di superare barriere e ostacoli di carattere procedurale ⁽⁴¹⁾. Da questo punto di vista, è evidente che l'apertura ai creditori stranieri potrebbe comportare dei vantaggi esclusivamente per i creditori più "forti" o strutturati. Ma anche per questi creditori resterebbero comunque irrisolti problemi di natura sostanziale, riconducibili alle divergenze tra le "*priority rules*" di ogni singolo ordinamento di apertura ⁽⁴²⁾.

Sebbene la frammentazione delle procedure, in determinate circostanze, potrebbe astrattamente facilitare le esigenze di liquidazione del patrimonio o la partecipazione al concorso dei creditori locali, in dottrina è stato evidenziato che l'applicazione del modello territorialistico sconta alcune irriducibili inefficienze, dovute, tra l'altro:

- b1) all'impossibilità di prevedere i risultati della distribuzione dell'attivo;
- b2) al rischio di stimolare trasferimenti di beni nell'ottica del *forum shopping*;
- b3) alla moltiplicazione dei costi di gestione delle procedure aperte a carico dello stesso debitore;
- b4) alla difficoltà di immaginare esiti della procedura diversi dalla mera liquidazione dell'attivo ⁽⁴³⁾.

⁽³⁹⁾ M. VIRGÓS e F. GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation*, cit., p. 11, evidenziano che, nella sua versione più radicale, questo modello dovrebbe comportare anche la frammentazione territoriale dei creditori: "*only the creditors from the State in question can participate in the proceedings*". V. anche P.J. OMAR, *European Insolvency Law*, cit., p. 23, parla in proposito di "*grab rule*".

⁽⁴⁰⁾ F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali*, cit., p. 206, il quale osserva che "*la logica territorialistica non rispetta l'unità del soggetto giuridico*" e pare maggiormente adatta "*a procedure fallimentari finalizzate a ottenere la liquidazione dell'attivo del debitore*".

⁽⁴¹⁾ P.J. OMAR, *European Insolvency Law*, cit., p. 24.

⁽⁴²⁾ P.J. OMAR, *European Insolvency Law*, cit., p. 25

⁽⁴³⁾ M. VIRGÓS e F. GARCIMARTÍN, *The European Insolvency*, cit., p. 14. Per quanto riguarda il punto b4), in particolare, v. anche P.J. OMAR, *European Insolvency Law*, 2004, p. 24: "*liquidation, and not corporate rescue, become the rule when the principle is applied*". Sui limiti del modello territorial v. anche I. MEVORACH, *Insolvency within Multinational Enterprise Groups*, cit., p. 72 e p. 73.

Va anche evidenziato che, a livello statale, sono stati spesso predisposti consapevolmente strumenti di governo delle crisi d'impresa di matrice territorialistica, chiusi agli altri ordinamenti stranieri ⁽⁴⁴⁾ e inadatti ad un'adeguata regolamentazione dei fenomeni di *cross border insolvency*.

Non smentisce tale assunto l'art. 9 l. fall., laddove, subito dopo aver ancorato la competenza – e, come vedremo, anche la giurisdizione – per la dichiarazione di fallimento al concetto di “sede principale” dell'impresa (co. 1), si stabilisce, però, che anche l'imprenditore con sede principale dell'impresa all'estero può essere dichiarato fallito in Italia; e ciò quand'anche sia già stata pronunciata, al di fuori dei nostri confini, la dichiarazione di fallimento di quello stesso imprenditore (co. 3). In altre parole, la nostra legge fallimentare ammette (ma non disciplina) il concorso della giurisdizione italiana con quella straniera ⁽⁴⁵⁾, purché l'imprenditore che abbia la sede principale dell'impresa all'estero possieda nel territorio italiano almeno una sede secondaria dell'impresa ⁽⁴⁶⁾, ossia un vero e proprio centro di attività imprenditoriale. Nondimeno, la procedura italiana aperta in virtù di tali presupposti dovrà inevitabilmente concorrere con le altre procedure aperte all'estero a carico del medesimo imprenditore.

Sul significato e la portata di queste disposizioni si tornerà più approfonditamente in seguito. Sin da ora si può però evidenziare la persistente tendenza, comune anche al legislatore italiano, a consentire l'apertura di procedure concorsuali controllate dalle autorità locali, quand'anche un solo segmento dell'attività d'impresa con profili di internazionalità sia stato svolto nel territorio della nostra Repubblica ⁽⁴⁷⁾. Se è vero, infatti, che iniziano a scricchiolare le fondamenta del monopolio statale sul governo della crisi

⁽⁴⁴⁾ I. QUEIROLO, *L'insolvenza transnazionale: il regolamento (Ce) 1346/2000 e la disciplina italiana*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. SCHIANO DI PEPE, Padova, 2008, p. 806.

⁽⁴⁵⁾ L. DANIELE, *Fallimento: XVII) Diritto internazionale privato e processuale*, in *Enciclopedia Giuridica*, XIII, Roma, 1998, p. 5, afferma testualmente: “*A problemi pressoché indissolubili darà vita l'eventuale pendenza contemporanea di fallimenti all'estero e in Italia*”.

⁽⁴⁶⁾ In questo senso v. M. MANTOVANI, *sub art. 9 l. fall.*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. FERRO, Padova, 2007, p. 57.

⁽⁴⁷⁾ M. SCIUTO, *Crisi dell'impresa e crisi della sovranità statale nel mercato globale (convergenza, concorrenza e coordinamento delle norme nazionali)*, cit., pp. 414 ss., parla di spiccata tensione degli ordinamenti nazionali ad inseguire l'impresa fin oltre i confini della propria sovranità; da qui però anche l'esigenza della cooperazione, attuata attraverso mutui riconoscimenti e vicendevoli concessioni dei poteri sovrani.

d'impresa ⁽⁴⁸⁾, è anche vero che una consistente parte dei traffici continua a svilupparsi esclusivamente a livello locale, e che non esistono ancora concrete prospettive di elaborazione di procedure concorsuali comuni.

Vi è di più che ogni singolo ordinamento esprime, nella propria disciplina di diritto fallimentare, un peculiare temperamento degli eterogenei e numerosi interessi coinvolti nella crisi d'impresa. Nella faticosa ricerca di tale punto di equilibrio, peraltro, i diversi ordinamenti nazionali devono necessariamente tenere conto dello stadio evolutivo delle proprie strutture economiche, oltre che delle proprie politiche di ordine pubblico ⁽⁴⁹⁾.

Detto questo, però, non si può fare a meno di osservare che il modello *territorial*, pur rispettoso delle legittime istanze di carattere locale e delle sfere di competenza di tutte le autorità statali coinvolte, tenta di comprimere entro i confini nazionali fenomeni che dimostrano, al contrario, un'incontenibile propensione a travalicarli, aumentando così le esigenze di convergenza, o, quantomeno, di coordinamento.

A ben vedere, anche a livello internazionale si cerca di soddisfare le stesse esigenze avvertite nel diritto interno. Il fine da raggiungere, in particolare, appare identico: l'efficace e proficua gestione della crisi, attuata preferibilmente mediante una sola procedura che coinvolga tutto il patrimonio del fallito, un solo giudice che sovrintenda la procedura e si pronunci sulle azioni che derivano dal fallimento, un solo curatore che amministri il patrimonio del debitore e lo liquidi nell'interesse di tutti i creditori; il tutto seguendo le regole stabilite da una sola e prevedibile *lex concursus* ⁽⁵⁰⁾.

⁽⁴⁸⁾ Nel senso che l'internazionalizzazione degli affari ridisegna il ruolo stesso dello Stato e mette in crisi il circolo virtuoso *territorio-politica-diritto* v. N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Roma, 2006, pp. 143 ss. Secondo G. IUDICA, *Globalizzazione e diritto*, cit., p. 872, la globalizzazione stessa è espressione della crisi dello Stato e della legge.

⁽⁴⁹⁾ A. NIGRO e D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, p. 31.

⁽⁵⁰⁾ I. MEVORACH, *Insolvency within Multinational Enterprise Groups*, cit., p. 66: "Single law-single court system will be the ideal".

2.3.- Universalità limitata: le ragioni del suo successo come modello di governo dei fenomeni di *cross border insolvency*.

La contrapposizione tra modello universalistico e modello territorialistico, netta in teoria, si è spesso stemperata, se non addirittura confusa, nella pratica. Le procedure di governo delle crisi d'impresa adottate dai diversi ordinamenti nazionali sembrano, a guardar meglio, oscillare dall'uno all'altro modello, in balia delle esigenze che si vorrebbero di volta in volta soddisfare.

In termini più espliciti, l'impostazione territorialistica è spesso servita a negare il riconoscimento a procedure concorsuali aperte all'estero, mentre quella universalistica si è dimostrata funzionale ad assecondare la tendenza espansiva (e invasiva) delle proprie procedure concorsuali.

A tal riguardo, in dottrina si è efficacemente parlato di “*universalità unilaterale*” ⁽⁵¹⁾: per un verso, infatti, la pretesa vocazione universale delle proprie procedure le renderebbe in teoria capaci di coinvolgere tutti i beni e tutti i creditori del debitore, ovunque situati; per l'altro, il richiamo al principio di territorialità potrebbe persino rafforzare l'attitudine espansiva delle procedure interne, se inteso come presupposto per la negazione di ogni rilievo alle sole procedure aperte all'estero, da realizzare mediante il rigido controllo da parte delle autorità locali.

Va anche detto però che, se un'attuazione senza sconti del principio di universalità pura può apparire astrattamente idonea ad assicurare la più efficiente, efficace e prevedibile gestione della crisi transfrontaliera, l'adesione senza riserve a questo modello incontra gli stessi ostacoli che al momento impediscono l'elaborazione di strumenti di governo delle crisi comuni ai diversi ordinamenti nazionali.

⁽⁵¹⁾ I. QUEIROLO, *L'insolvenza transnazionale: il regolamento (Ce) 1346/2000 e la disciplina italiana*, cit., p. 807; v. anche P. DE CESARI, *Le fonti in materia di insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 6; nonché M. FABIANI, *Diritto fallimentare*, Bologna, 2011, p. 46. La tendenza ad attribuire efficacia ultranazionale al fallimento dichiarato nello Stato, accompagnata però dalla difesa del proprio ordinamento nazionale nei confronti di procedure iniziate in altri Stati era già stata evidenziata da A. JORIO, voce *Fallimento (diritto comunitario)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1982, pp. 631. Nel senso che il carattere eminentemente pubblicistico delle norme regolatrici del processo civile hanno sempre indotto i legislatori a dettarne la disciplina in via esclusiva, trattandosi di un settore funzionale alla tutela di interessi primari v. G. CAMPEIS e A. DE PAULI, *La disciplina europea del processo civile italiano*, Padova, 2005, p. 1; V. COLESANTI, *Aspetti processuali del progetto di convenzione sul fallimento e sua incidenza nel diritto italiano*, in *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano, 1982, p. 436, evidenzia le difficoltà frapposte da ogni ordinamento a “rinunciare a quella fetta di sovranità connessa alla disciplina dei fenomeni processuali all'interno di ognuno di essi”.

Sono ancora troppe, infatti, le differenze che si riscontrano tra le discipline delle procedure concorsuali predisposte a livello nazionale. In questo quadro, abdicare alla propria giurisdizione e all'applicazione delle norme fallimentari interne, in ossequio al principio dell'universalità pura, sarebbe percepito come un probabile salto nel vuoto: una rinuncia al perseguimento delle proprie *policies* in materia concorsuale non bilanciata da risultati certi. Incertezza che, a sua volta, si tramuterebbe in vero e proprio timore se rapportata al problema del riparto di risorse che, in caso d'insolvenza, sono per definizione scarse. Nessuno Stato dell'Unione, infatti, sembra al momento disposto a sacrificare la tutela assicurata ai creditori locali senza avere la garanzia che essi troveranno analoga tutela anche negli altri ordinamenti.

In altre parole, una concreta convergenza delle diverse discipline delle crisi d'impresa non può che essere il risultato di una altrettanto concreta condivisione delle scelte di politica legislativa in materia concorsuale ⁽⁵²⁾.

E' piuttosto evidente che il modello universalistico, promuovendo l'unicità delle procedure concorsuali, è quello astrattamente più capace di garantire l'integrazione forzata di diversi sistemi. Cionondimeno, è innegabile che, dietro i concetti di universalità e territorialità, si nascondano ancora esigenze difficilmente conciliabili: da un lato, la necessità di una procedura concorsuale efficace e riconosciuta dagli altri ordinamenti (universalità), dall'altro, la protezione di irriducibili interessi locali demandata alle singole discipline concorsuali nazionali (territorialità) ⁽⁵³⁾.

Anche per questi motivi, al momento, riscuote maggiore successo il modello di governo ispirato alla logica dell'universalità limitata o attenuata – *modified universal insolvency* – che rinuncia all'idea della procedura concorsuale unica, in

⁽⁵²⁾ V. C. CARRARA, *I principi europei di diritto fallimentare: un recente progetto accademico per la individuazione di principi comuni europei sul fallimento*, in *Dir. fall.*, 2004, I, pp. 623 ss., ove si parla delle profonde differenze che si riscontrano in questo campo tra i diversi Stati membri, nonché della difficoltà di tracciare, anche a livello comunitario, un quadro comune, stante la natura territoriale e fortemente legata alle politiche legislative statali della regolamentazione delle insolvenze. Nel senso che i problemi sollevati dalle insolvenze transfrontaliere investono necessariamente la politica legislativa degli Stati interessati v. C. PUNZI, *Le procedure d'insolvenza transfrontaliere nell'Unione Europea*, cit., p. 999.

⁽⁵³⁾ Secondo S. ALAGNA, *Mercato globale e diritto dell'impresa*, cit., p. 62, il peso delle disposizioni dei singoli ordinamenti emerge, anche a fronte della globalizzazione, soprattutto in materia di impresa: di fronte alla impossibilità di ignorare la territorialità del diritto, la strada più realistica sembra essere quella del coordinamento di discipline, regole e principi.

luogo del coordinamento tra la gamma di procedure astrattamente ammissibili nei confronti del medesimo debitore insolvente ⁽⁵⁴⁾.

Va chiarito, però, che in questo modello le procedure concorsuali eventualmente ipotizzabili a carico dello stesso debitore non si collocano tutte sullo stesso piano. Al contrario, il concorso delle procedure è regolato da specifiche norme di coordinamento, che rispecchiano, a loro volta, la gerarchia dei criteri su cui si fonda il riparto della giurisdizione tra i diversi ordinamenti coinvolti.

Ne consegue la distinzione tra:

a1) una procedura c.d. *principale*, aperta nel luogo (*rectius*: nello Stato) in cui, di regola, è situato il centro degli interessi principali del debitore, con tendenza a ricomprenderne l'intero patrimonio e l'intera schiera dei suoi creditori;

a2) una o più procedure c.d. *territoriali* o *locali*, subordinate rispetto a quella principale e con effetti limitati ai soli beni collocati nel territorio dello Stato di apertura, orientate anzitutto alla tutela di interessi locali e ammissibili laddove il debitore possieda delle *dipendenze* o, alternativamente, dei beni liquidabili.

In altre parole, il modello *universal modified* ammette sì la pluralità delle procedure a carico dello stesso soggetto, ma siffatta evenienza è bilanciata dal fatto che, tra di esse, è ancora possibile identificarne una che conserva vocazione schiettamente universale ⁽⁵⁵⁾.

La procedura che abbiamo definito come principale, in effetti, tende a prevalere su quelle a vocazione territoriale eventualmente concorrenti e potrebbe essere finalizzata, oltre che alla liquidazione, anche alla ristrutturazione del debito

⁽⁵⁴⁾ Al modello della universalità limitata si erano in passato già ispirate: la Convenzione sulle procedure di insolvenza di Bruxelles del 23 novembre 1995; la Convenzione di Istanbul del 5 giugno 1990, su taluni aspetti internazionali del fallimento; la *Model Law on Cross Border Insolvency* del 1997, elaborata dall'UNCITRAL. Per una valutazione sulla bontà del modello v. I. QUEIROLO, *L'insolvenza transnazionale: il regolamento (Ce) 1346/2000 e la disciplina italiana*, cit., p. 809, la quale precisa che si tratta dello schema cui attualmente si ispirano le più evolute normative approvate sia a livello internazionale che a livello statale, capace altresì di fornire le migliori risposte possibili alle istanze derivanti dall'insolvenza transnazionale; V. PROTO, *Le procedure concorsuali nella Comunità europea*, in *Fallimento*, 1995, pp. 1169 ss. Esiste invero un'ulteriore teoria, quella della c.d. "*territorialità cooperativa*", che ammette l'apertura di più procedure (con effetti) territoriali parallele, caratterizzate dalla cooperazione tra le diverse autorità amministrative o giudiziarie coinvolte: per una ricostruzione v. S.L. BUFFORD, *Global Venue Controls Are Coming: A Reply to Professor LoPucki*, in 79 *Am. Bankr. Law Journ.*, 2005, 105 e 108; R. LECHNER, *Waking From The Jurisdictional Nightmare of Multinational Default: The European Council Regulation on Insolvency Proceedings*, in 19 *Arizona Journal of International & Comparative Law*, 2002, 975; I. MEVORACH, *Insolvency within Multinational Enterprise Groups*, cit., pp. 73 ss.

⁽⁵⁵⁾ Sul punto v. I. MEVORACH, *Insolvency within Multinational Enterprise Groups*, cit., p. 69.

o al salvataggio dell'impresa in crisi. Va da sé che, qualora manchino i presupposti previsti per l'apertura delle procedure locali, quella principale non conoscerà attenuazioni della sua universalità.

Pare sia lecito, pertanto, affermare che è sull'esatta interpretazione dei criteri di distribuzione della competenza internazionale, nonché sul corretto funzionamento dei meccanismi di coordinamento tra le procedure, che andrebbe concretamente verificata la tenuta del modello *universal modified*.

Come in dottrina si è avuto modo di evidenziare, tale modello sembra seguire la scia di quelle teorie di matrice giuridico-economica che assegnano alle procedure concorsuali, fondate sul principio della *par condicio creditorum*, il ruolo di ripartire i costi sociali dell'insolvenza tra tutti i creditori ⁽⁵⁶⁾, ritenendo peraltro che, sotto questo profilo, il modello universalistico appaia il più idoneo allo scopo. Il modello territorialistico puro, al contrario, contemplando una serie di procedure parallele e reciprocamente indifferenti, sembrerebbe del tutto inadeguato a garantire il trattamento paritario dei creditori, oltre che il diffuso bisogno di ristrutturazione e salvataggio dell'impresa in crisi ⁽⁵⁷⁾.

Nondimeno, come si è già detto, sul piano transnazionale il modello universalistico puro impone ai creditori stranieri, comprese anche le autorità fiscali dello Stato in cui il debitore possieda una dipendenza ⁽⁵⁸⁾, di rivolgersi ad un unico giudice, escludendo in tal modo la giurisdizione di tutte le altre autorità

⁽⁵⁶⁾ M.M. WINKLER, *Le procedure concorsuali relative ad imprese multinazionali: la Corte di giustizia si pronuncia sul caso Eurofood*, in *Int'l Lis*, 2007, p. 16: sul punto, lo stesso Autore rinvia a: L. STANGHELLINI, *I problemi di coordinamento dell'azione dei creditori nella rete di imprese: le implicazioni relative alla regolazione*, in *La crisi dell'impresa nelle reti e nei gruppi*, a cura di CAFAGGI e GALLETTI, Padova, 2005, p.1 e p. 8.

⁽⁵⁷⁾ M.M. WINKLER, *op. loc. ult. cit.*, spec. nt. 12, il quale rinvia, tra gli altri, a R.K. RASMUSSEN, *A New Approach to Transnational Insolvencies*, in 9 *Michigan Journ. Int'l Law*, 1997, p. 1 ss., p. 27; C. DORDI, *La Convenzione europea su alcuni aspetti del fallimento: la consacrazione dell'universalità limitata degli effetti delle procedure concorsuali*, in *Dir. comm. internaz.*, 1993, p. 617, p. 618; L. PERKINS, *A Defense of Pure Universalism in Cross-Border Corporate Insolvencies*, in 32 *New York University Journal of International Law and Politics*, 1999/2000, 787; J.L. WESTBROOK, *Theory and Pragmatism in Global Insolvencies: Choice of Law and Choice of Forum*, in 65 *American Bankruptcy Law Journal*, 1991, p. 457 e p. 465. Nel senso che "Dal punto di vista tecnico-economico sarebbe preferibile l'applicazione di una sola legge, quella di apertura e condotta del fallimento" v. già G. FRANCHI, *Fallimento: XVII) Diritto internazionale privato e processuale*, in *Enciclopedia Giuridica*, XIII, 1989, p. 1.

⁽⁵⁸⁾ Cfr. Art. 39 Regolamento CE n. 1346/2000, secondo cui "il creditore che ha la residenza abituale, il domicilio o la sede in uno Stato membro diverso dallo Stato di apertura, comprese le autorità fiscali e gli organismi di previdenza sociale degli Stati membri, ha il diritto di insinuare i crediti per iscritto nella procedura di insolvenza".

giudiziarie, con il più che probabile rischio di forti conflittualità sul piano dei rapporti tra gli Stati ⁽⁵⁹⁾).

Per queste ragioni, il modello intermedio ispirato al principio di universalità limitata viene considerato maggiormente idoneo a fornire risposte, sia alle esigenze di efficienza e speditezza delle procedure concorsuali ⁽⁶⁰⁾, sia a quelle di armonizzazione delle politiche legislative e dell'attività giudiziaria dei diversi ordinamenti statali, senza peraltro determinarne un'ingiustificata compressione.

3.- Genesi del Regolamento CE n. 1346/2000: rapporto con gli altri strumenti di armonizzazione e limiti di applicazione.

Il Regolamento CE n. 1346/2000 (d'ora in avanti, più semplicemente, il "*Regolamento*"), al pari della *Model Law* UNCITRAL del 1997, non mira ad introdurre un'organica normativa uniforme in tema di insolvenza transfrontaliera. Entrambi gli strumenti, in effetti, si propongono innanzi tutto il fine di realizzare un sistema di coordinamento tra procedure concorsuali nazionali per i casi in cui il debitore abbia beni o creditori sparsi in più ordinamenti. Cionondimeno, in dottrina si è avuto modo di evidenziare che il Regolamento pare distinguersi comunque per un livello di coordinamento maggiore rispetto a quello raggiunto dalla *Model Law*, avendo individuato autonomi criteri di giurisdizione ed avendo attribuito valore ed effetti tendenzialmente universali alla procedura aperta nello Stato del *comi* ⁽⁶¹⁾.

In questo quadro, la vera e propria uniformazione legislativa ⁽⁶²⁾ all'interno dell'Unione pare limitata al campo della giurisdizione e della individuazione della

⁽⁵⁹⁾ Così M.M. WINKLER, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁶⁰⁾ In Italia, le esigenze di accelerazione delle procedure concorsuali sembrano aver ispirato, tra l'altro, la nuova disciplina dell'art. 43, co. 3, l. fall, che ha inciso in modo significativo sull'interruzione dei processi pendenti al momento della dichiarazione di fallimento (di cui è parte il fallito). Sul punto v. Corte Cost., 21 gennaio 2010, in *Fallimento*, 2010, pp. 532 ss.; Trib. Roma, 30 giugno 2009, *ibidem*, pp. 536 ss., con nota di L. GROPPOLI, *Interruzione, riassunzione e tutela del diritto di difesa del curatore*; nonché Trib. Biella, ord. 5 marzo 2009, *ivi*, 2009, pp. 955 ss., con nota di C. CONSOLO e R. MURONI, *Amministrazione straordinaria e termine a quo dell'interruzione del processo e per la sua riassunzione*.

⁽⁶¹⁾ A. MAZZONI, *Osservazioni*, cit., p. 10 e p. 12.

⁽⁶²⁾ Nel senso che i regolamenti, non lasciando spazio alla discrezionalità degli stati, garantiscono "*quello che in senso tecnico si indica come unificazione ovvero uniformazione*

legge applicabile, oltre che al riconoscimento e agli effetti delle decisioni. Per converso, le discipline fallimentari nazionali e le corrispondenti procedure concorsuali sembrano conservare intatte gran parte delle loro peculiarità e delle loro reciproche differenze ⁽⁶³⁾.

Non v'è dubbio che anche il Regolamento si inserisca in un più ampio contesto di dialogo avviato a livello globale, al fine di stimolare quantomeno il coordinamento delle procedure concorsuali, nonché, ove possibile, la convergenza delle singole legislazioni verso principi e regole comuni. In ambito europeo, inoltre, esso costituisce una pietra miliare nel processo di comunitarizzazione del diritto internazionale privato e processuale.

Proiettata sul palcoscenico mondiale, la disciplina europea deve però dar conto dei propri limiti, confrontandosi con strumenti dal raggio e dai propositi molto più ampi, sebbene diversi nella forma, oltre che nel contenuto precettivo ⁽⁶⁴⁾. Anche all'interno dell'Unione europea, peraltro, non tutte le crisi d'impresa sono riconducibili nell'alveo applicativo del Regolamento, a conferma del fatto che si tratta solo di uno tra i molteplici strumenti messi in campo per fronteggiare il fenomeno delle insolvenze *cross border*.

3.1.- Le prime convenzioni internazionali stipulate dall'Italia.

Per lungo tempo il compito di disciplinare le procedure d'insolvenza a carattere transfrontaliero è stato affidato a convenzioni bilaterali, o all'iniziativa dei singoli Stati, che hanno a tanto provveduto mediante discipline interne di diritto

legislativa". Sul punto v. P. DE CESARI, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, 2005, p. 23.

⁽⁶³⁾ A. MAZZONI, *Soluzioni concordatarie: interferenze con il diritto societario, processuale e del mercato finanziario*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di S. FORTUNATO, G. GIANNELLI, F. GUERRERA e M. PERRINO, Milano, 2011, p. 136 e p. 141, Sul punto v. anche P. CATALLOZZI, *Il regolamento europeo e il criterio del COMI (centre of main interests): la parola alla Corte*, in *Fallimento*, 2006, p. 1257. La mancanza di una vera e propria armonizzazione tra le discipline fallimentari nazionali è evidenziata da B. WESSELS, *Twenty suggestions for a makeover of the EU Insolvency Regulation*, in *International Caselaw Alert*, No. 12 – V/2006, October 31, 2006, pp. 68-73; nonché da R. VAN GALEN, *The European Insolvency Regulation and Groups of Companies (INSOL Europe Annual Congress – Cork, Ireland, 16/18 ottobre 2003)*, in www.iiiglobal.org, il quale evidenzia che una delle "weaknesses" del Regolamento "is that it contains almost no rules harmonising the national insolvency laws of the member states".

⁽⁶⁴⁾ M.M. WINKLER, *Eurofood: è davvero finito il periodo di "rodaggio" del Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza?*, in *Dir. comm. internaz.*, 2007, 2, p. 527, osserva che si tratta, ad oggi, dell'unico "strumento internazionale vincolante".

internazionale privato. Queste ultime, peraltro, profondamente diverse l'una dall'altra.

Per quanto concerne l'Italia, le convenzioni internazionali di carattere bilaterale, contenenti disposizioni esplicitamente dedicate alla materia fallimentare, sono state a quanto sembra solo due:

a1) la *Convenzione tra la Repubblica Italiana e la Repubblica d'Austria in materia di fallimento e di concordato*, nota come “Convenzione italo – austriaca”, sottoscritta il 12 luglio del 1977 e resa esecutiva con l. 14 dicembre 1985, n. 612, avente come oggetto specifico la disciplina delle procedure concorsuali e ispirata ai principi di universalità e unicità della procedura fallimentare;

a2) la *Convenzione sull'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale tra l'Italia e la Francia*, nota come “Convenzione italo – francese”, sottoscritta a Roma il 3 giugno 1930 e resa esecutiva con l. 7 gennaio 1932, n. 45, anch'essa ispirata al principio di universalità e unicità ⁽⁶⁵⁾; questa convenzione prevedeva, tra l'altro, l'efficacia automatica della sentenza dichiarativa di fallimento anche nel territorio dell'altro Stato contraente, a condizione che lo Stato di apertura fosse quello del domicilio o della sede della società commerciale.

Ad esse possono aggiungersi quelle convenzioni che, seppure non esplicitamente dedicate alla materia fallimentare, erano comunque finalizzate al riconoscimento reciproco e all'esecuzione delle sentenze straniere:

a3) la *Convenzione tra l'Italia e la Gran Bretagna sul riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, per il reciproco riconoscimento e l'esecuzione delle sentenze in materia civile e commerciale, nota

⁽⁶⁵⁾ Per entrambe le convenzioni è opportuno rinviare a G. CAMPEIS e A. DE PAULI, *La procedura civile internazionale*, II ed., Padova, 1996, p. 637; S.M. CARBONE, *Una nuova ipotesi di disciplina italiana sull'insolvenza transfrontaliera*, in *Dir. comm. internaz.*, 2000, p. 594 e p. 595; P.F. CENSONI, *Il Fallimento*, cit., p. 20; G. OLIVIERI, *Il regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza (Reg. CE 1346/2000)*, in www.judicium.it, laddove si può leggere che la logica delle convenzioni internazionali era nel senso di evitare il concorso fra le (due) giurisdizioni, attribuendo il potere di dichiarare il fallimento a una sola di esse e l'efficacia (sia pure con limitazioni) della dichiarazione di fallimento nei due paesi; vengono a tal proposito richiamati: l'art. 20 della convenzione italo – francese, secondo cui “*Les juridictions de celui des deux Etats où est situé le domicile d'un commerçant sont compétentes pour déclarer la faillite de ce commerçant*” [1°]; “*Les juridictions de celui des deux Etats où est situé le siège social d'une société commerciale sont compétentes pour déclarer la faillite de cette société*”; nonché gli artt. 3 e 4 della convenzione italo – austriaca. Sulla convenzione italo – francese, v. anche C. CARRARA, *Giurisdizione italiana in materia fallimentare ed effetti del fallimento dichiarato all'estero*, in www.archivioceradi.luiss.it, pp. 5 – 7; G. FRANCHI, *Fallimento: XVII) Diritto internazionale privato e processuale*, in *Enciclopedia Giuridica*, XIII, 1989, p. 8; M. GIULIANO, voce *Fallimento (dir. intern.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1967, vol. XVI, pp. 260 ss. Per una pronuncia della Corte di Cassazione italiana sulla applicazione della convenzione italo – francese v. Cass., 6 febbraio 1984, n. 879, in *Foro. it.*, 1984, I, 1890.

anche come “Convenzione italo – britannica”, sottoscritta a Roma il 7 febbraio 1964 e resa esecutiva con l. 18 maggio 1973, n. 280 ⁽⁶⁶⁾;

a4) la “Convenzione italo – sammarinese” del 31 marzo 1939, resa esecutiva con l. 6 giugno 1939, in seguito modificata con accordo del 28 febbraio 1946, reso esecutivo con decreto luogotenenziale del 12 aprile 1946, n. 276 ⁽⁶⁷⁾.

Al pari delle singole discipline nazionali, anche le convenzioni bilaterali dimostravano tutta la loro inadeguatezza al cospetto di insolvenze transfrontaliere che coinvolgevano beni e creditori localizzati in molteplici Stati. Né sono stati proficui i tentativi di realizzare convenzioni multilaterali, se si esclude quella del 7 novembre 1933 tra Danimarca, Finlandia, Islanda, Norvegia e Svezia, nota come *Nordic Bankruptcy Convention* ⁽⁶⁸⁾.

3.2.- Dai progetti di convenzione comunitaria al Regolamento CE n. 1346/2000.

In ambito europeo, per quanto fosse sentita l’esigenza di accompagnare la crescita del mercato unico e l’integrazione economica degli Stati membri con l’elaborazione di una disciplina comune delle procedure concorsuali, i lavori che hanno condotto all’adozione del Regolamento hanno seguito un percorso a dir poco travagliato.

Se i primi tentativi di disciplinare le procedure concorsuali a livello comunitario risalgono addirittura all’ottobre del 1959, essendo stati avviati in

⁽⁶⁶⁾ Il Regolamento CE n.1346/2000 del 29 maggio 2000, operativo a partire dal 31 maggio 2002, ha sostituito, per i paesi membri dell’Unione Europea, la serie di convenzioni bilaterali (o plurilaterali) disciplinanti (anche o soltanto) la materia fallimentare, elencate dall’art. 44 del Regolamento stesso. Per il nostro paese, oltre alla “Convenzione italo – francese” e alla “Convenzione italo – austriaca”, si deve ritenere che, indipendentemente dall’indicazione contenuta nell’art. 44, il Regolamento abbia determinato l’inapplicabilità anche della “Convenzione italo – britannica”: v. G. OLIVIERI, *Il regolamento comunitario sulle procedure d’insolvenza (Reg. CE 1346/2000)*, cit.; nonché G. MONTELLA, *Disposizioni transitorie e finali*, in *Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, a cura di P. DE CESARI e G. MONTELLA, Milano, 2004, pp. 263 ss.

⁽⁶⁷⁾ P.F. CENSONI, *Il Fallimento*, cit., p. 21.

⁽⁶⁸⁾ S.M. CARBONE, *Una nuova ipotesi*, cit., p. 596, chiarisce che il successo della *Nordic Bankruptcy Convention* era essenzialmente dovuto: i) alla contiguità territoriale; ii) alle affinità normative che accomunavano gli Stati contraenti. Sul punto v. anche K. PANNEN e S. RIEDEMANN, *Introduction*, in *European Insolvency Regulation*, K. PANNEN (ed.), Berlin, 2007, p. 13.

parallelo con i lavori preparatori della *Convenzione di Bruxelles* del 1968 ⁽⁶⁹⁾, fu però solo nel 1980 che si giunse all'elaborazione di un vero e proprio progetto di convenzione in materia fallimentare, di cui, ad onor del vero, l'opposizione della Repubblica Federale Tedesca determinò la mancata approvazione e il conseguente abbandono ⁽⁷⁰⁾. Questo elaborato, così come i suoi precedenti, era ispirato ai principi di unità e universalità delle procedure concorsuali: se tali erano, infatti, i connotati essenziali di ogni procedura interna, non si vedeva perché essi dovessero essere accantonati quando si trattava di regolare la crisi d'impresa a livello sovranazionale.

In seguito, il 5 giugno 1990 a Istanbul, fu aperta alla firma delle parti la *Convenzione europea su taluni aspetti internazionali del fallimento*, elaborata in seno al Consiglio d'Europa. La convenzione, sottoscritta anche dall'Italia, fu però ratificata soltanto da Cipro, e non entrò mai in vigore; la sua finalità, dichiaratamente pragmatica, era quella di assicurare una minima cooperazione giuridica tra gli Stati firmatari.

Le linee guida individuate e sviluppate dalla convenzione di Istanbul riguardavano essenzialmente: *a1)* l'esercizio dei poteri del curatore al di fuori del territorio nazionale; *a2)* la possibilità di aprire *procedure secondarie* in Stati diversi da quello della *procedura principale*; *a3)* la possibilità di insinuare il proprio credito all'estero eliminando ogni superflua modalità.

Venne in tal modo superata l'idea, sino a quel momento predominante, del modello universale e unitario nella gestione delle crisi d'impresa transfrontaliere,

⁽⁶⁹⁾ Per una dettagliata ricostruzione storica v. G. M. ZAMPERETTI e M. F. NODARI, *Verso l'armonizzazione comunitaria del diritto fallimentare, lo stato dell'arte*, in *Giur. comm.*, 1997, I, pp. 607 ss.

⁽⁷⁰⁾ Sul progetto di convenzione relativa al fallimento, ai concordati e ai procedimenti affini v. A. JORIO, voce *Fallimento (diritto comunitario)*, cit., p. 631. Nel progetto, che si può leggere in *Giur. comm.*, 1981, I, pp. 487 ss., si stabiliva che, in ossequio al principio di universalità ed unità, una volta iniziata la procedura concorsuale in uno degli Stati membri, essa avrebbe prodotto effetti anche negli altri Stati, precludendo l'apertura di ogni altra procedura contemplata dalla convenzione (cfr. art. 2). Si prevedeva anche la sospensione delle azioni nei confronti del debitore sottoposto alla procedura e concernenti i beni compresi nell'attivo del fallimento (cfr. art. 22). Non mancavano però le deroghe alla regola di unità ed universalità, sia in relazione al presupposto soggettivo (cfr. art. 10), sia in relazione al procedimento di formazione dell'attivo. Sugli aspetti processuali del progetto di convenzione v. anche V. COLESANTI, *Aspetti processuali del progetto di convenzione sul fallimento e sua incidenza nel diritto italiano*, in *L'influenza del diritto europeo nel diritto italiano*, Milano, 1982; L. DANIELE, *Il fallimento nel diritto internazionale privato e processuale*, Padova, 1987; M. GIULIANO, *Il fallimento nel diritto processuale civile internazionale*, Milano, 1943, pp. 3 ss.

ammettendo, al contrario, la possibilità di una pluralità di procedure a carico dello stesso debitore.

Indipendentemente dalle sue sorti, essa rappresentò, senza ombra di dubbio, un primo concreto passo verso l'affermazione del modello *universal modified* nel governo delle insolvenze transfrontaliere. Alcune delle sue scelte di fondo, peraltro, sono state successivamente implementate dal Regolamento ⁽⁷¹⁾.

Altra tappa nella genesi del diritto fallimentare europeo fu la redazione della *Convenzione comunitaria sulle procedure di insolvenza*, elaborata a Bruxelles in sede di Consiglio dell'Unione europea ed aperta alla firma degli Stati membri il 23 novembre 1995 ⁽⁷²⁾. Anche questa convenzione, tuttavia, a causa dell'opposizione del Regno Unito, non entrò mai in vigore. Ciononostante, essa confermò il *trend* favorevole all'adozione del modello ispirato all'universalità limitata: fu prevista, infatti, la possibilità di aprire, accanto ad una procedura principale con effetti universali, una o più procedure secondarie con effetti limitati al territorio dello Stato di apertura. Tale principio, in particolare, venne consacrato nelle disposizioni dell'art. 3 ⁽⁷³⁾, che già conteneva concetti e

⁽⁷¹⁾ Sulla Convenzione di Istanbul del 1990 v. S.M. CARBONE, *Una nuova ipotesi*, cit., pp. 596-597; L. DANIELE, *Convenzione europea su alcuni aspetti internazionali del fallimento*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 1994, pp. 499 ss.; C. DORDI, *La Convenzione europea su alcuni aspetti internazionali del fallimento: la consacrazione dell'universalità limitata degli effetti delle procedure concorsuali*, in *Dir. comm. internaz.*, 1993, pp. 621 ss.; A. FLESSNER, *Il diritto fallimentare internazionale in Europa*, in *Dir. fall.*, 1991, I, pp. 694 ss.; E. MAUPOIL, *Convenzione europea su alcuni aspetti internazionali del fallimento*, in *Fallimento*, 1991, pp. 1021 ss.

⁽⁷²⁾ Per l'analisi del contenuto della Convenzione di Bruxelles del 1995 sulle procedure di insolvenza v. G.M. ZAMPERETTI e M.F. NODARI, *Verso l'armonizzazione*, cit., pp. 609 ss.; S. GUZZI, *La Convenzione Comunitaria sulle procedure di insolvenza: prime osservazioni*, in *Dir. comm. internaz.*, 1997, pp. 901 ss.; V. PROTO, *Aspetti della Convenzione C.E. sulle procedure di insolvenza*, in *Fallimento*, 1996, pp. 908 ss.; ID., *Le procedure concorsuali nella Comunità Europea*, ivi, 1995, pp. 1169 ss.; ID., *Il progetto di convenzione sulle procedure di Bruxelles*, ivi, 1994, pp. 1103 ss.; P. GOTTWALD, *Le insolvenze transfrontaliere: tendenze e soluzioni europee e mondiali*, cit., 1999, pp. 153 ss., che però evidenzia anche alcuni limiti della disciplina prevista dalla convenzione stessa, tra i quali, la limitazione della sua applicabilità alle imprese con centro degli interessi principali situato all'interno dell'Unione Europea, l'esclusione delle imprese assicuratrici, degli enti creditizi, delle imprese di investimento e degli organismi di investimento collettivo, il silenzio sul fenomeno dei gruppi (p. 155); I.F. FLETCHER, *The European Union Convention on Insolvency Proceedings: An Overview and comment, with US Interest in Mind*, in *23 Brooklyn Journal of International Law*, 1997, 25; ID., *The European Union Convention on Insolvency Proceedings: Choice-of-Law Provisions*, in *33 Texas International Law Journal*, 1998, 119; P.J. OMAR, *Jurisdiction in the European Insolvency Convention: A Practical Problem*, in *International Corporate and Commercial Law Review-ICCLR*, 1999, 225; M. BOGDAN, *The EU Bankruptcy Convention*, in *International Insolvency Review*, 1997, 114; I. CANDELARIO MACÍAS, *L'armonizzazione del diritto concorsuale nell'ambito dell'UE*, in *Dir. fall.*, 1999, I, pp. 372 ss.; A. LUPONE, *La convenzione comunitaria sulle procedure di insolvenza e la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Contratto e impr. - Europa*, 1999, pp. 447 ss.

⁽⁷³⁾ Si tratta della vera e propria "chiave di volta" della convenzione secondo V. PROTO, *Le procedure concorsuali nella Comunità Europea*, cit., p. 1171.

definizioni successivamente riproposti con il Regolamento ⁽⁷⁴⁾. Ad esse facevano eco, inoltre, le disposizioni dedicate al meccanismo di automatico riconoscimento delle decisioni di apertura (cfr. artt. 16 ⁽⁷⁵⁾ e 17); quelle che permettevano al curatore di esercitare anche nel territorio degli altri Stati – salvo l’apertura un’altra procedura – i poteri riconosciuti dalla legge dello Stato di apertura della procedura principale (cfr. art. 18); quelle che individuavano nella *lex concursus* la legge che avrebbe dovuto regolare le condizioni di apertura, svolgimento, chiusura ed effetti della procedura d’insolvenza (cfr. art. 4).

A dispetto del loro insuccesso pratico, le convenzioni di Istanbul e di Bruxelles testimoniano la lunga ed estenuante ricerca di un adeguato modello di governo delle insolvenze con implicazioni transfrontaliere, nonché l’accresciuta e condivisa consapevolezza circa la necessità di accompagnare la diffusione e il consolidamento delle libertà derivanti dallo sviluppo del mercato unico con la libera circolazione delle decisioni in materia civile e commerciale. Del resto, il Trattato di Roma (art. 220 vecchia formulazione) aveva già previsto uno specifico impegno degli Stati membri alla semplificazione delle formalità cui sono sottoposti il reciproco riconoscimento e la reciproca esecuzione delle decisioni giudiziarie. Queste disposizioni, peraltro, avevano già costituito la base giuridica per l’approvazione della *Convenzione di Bruxelles concernente la competenza giurisdizionale e l’esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale* ⁽⁷⁶⁾ del 27 settembre 1968, testo che ha inciso in modo rilevante sull’evoluzione del diritto processuale civile in Europa, fornendo un impareggiabile contributo alla realizzazione dello spazio giudiziario europeo ⁽⁷⁷⁾.

⁽⁷⁴⁾ L’art. 3 della Convenzione prevedeva che: *i)* sono competenti ad aprire la procedura di insolvenza i giudici dello Stato contraente nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore (par. 1); *ii)* se tale centro è situato nel territorio di uno Stato contraente, i giudici di un altro Stato contraente possono aprire una procedura di insolvenza nei confronti del debitore solo se questi possiede in tale altro Stato una dipendenza, e la procedura così aperta produce effetti limitati ai beni del debitore che si trovano in tale territorio (par. 2); *iii)* aperta la procedura ai sensi del primo paragrafo, le procedure di insolvenza aperte successivamente sono considerate procedure secondarie e possono essere solo procedure di liquidazione (par. 3).

⁽⁷⁵⁾ Secondo cui la decisione relativa all’apertura delle procedure concorsuali è riconosciuta in tutti gli Stati contraenti, anche quando il debitore non abbia la qualità necessaria per essere assoggettato ad una procedura di insolvenza in un altro Stato. Inoltre, essa produce gli effetti previsti dalla legge dello Stato di apertura anche negli altri Stati membri, se e fino a quando non venga aperta un’altra procedura concorsuale secondaria.

⁽⁷⁶⁾ Pubblicata nella G.U.C.E. 31 dicembre 1972, n. L 299. Entrata in vigore l’1 febbraio 1973.

⁽⁷⁷⁾ In questo senso P. BIAVATI, *Le prospettive di riforma della convenzione di Bruxelles*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 1201. La bibliografia sulla convenzione di Bruxelles è vastissima, senza alcuna pretesa di esaustività, sia consentito il rinvio a P. BIAVATI e F. CARPI, *Diritto*

Ad ogni modo, l'improvvisa accelerazione dell'azione comunitaria nel campo del diritto fallimentare è riconducibile all'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam del 1997, che, all'art. 61 lett. c) Trattato CE, ha attribuito al Consiglio il potere di promulgare regolamenti in materia di cooperazione giudiziaria transfrontaliera, così come previsto dall'art. 65 ⁽⁷⁸⁾. In sostituzione delle vecchie convenzioni, su iniziativa della Repubblica Federale di Germania e della Finlandia, in data 29 maggio 2000 è stato così approvato il *Regolamento CE n. 1346/2000 del Consiglio relativo alle procedure di insolvenza*, entrato in vigore il 31 maggio 2002 ⁽⁷⁹⁾.

processuale comunitario, Milano, 2000; A. BRIGUGLIO, *L'interpretazione pregiudiziale della Convenzione di Bruxelles tra Corte di Giustizia e Cassazione*, in *Riv. dir. proc.*, 1993, pp. 1063 ss.; A. DI BLASE, *Convenzione di Bruxelles e rapporti tra sentenze incompatibili*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 1989, pp. 331 ss.; G. COSCIA, *Conflitti e contrasti di giudicati nella Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 1995, pp. 265 ss.; M.A. LUPOI, *Convenzione di Bruxelles del 1968 e conflitti di giurisdizioni tra Stati membri e Stati terzi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1998, pp. 965 ss.

⁽⁷⁸⁾ L'art. 65 Trattato CE è stato trasfuso con modifiche nel nuovo art. 81 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, adottato a Lisbona il 13 dicembre 2007. Per alcune riflessioni sui cambiamenti nell'ambito della cooperazione giudiziaria penale e civile in virtù dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1 dicembre 2009), v. M. CASTELLANETA, *Le principali novità determinate dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Notariato*, 2010, I, pp. 197 ss. Ad ogni modo, l'importanza di tale norma emerge dallo stesso Regolamento CE n.1346/2000: il considerando n. 2, infatti, afferma che “*The proper functioning of the internal market requires that cross – border insolvency proceedings should operate efficiently and effectively and this Regulation needs to be adopted in order to achieve this objective which comes within the scope of judicial cooperation in civil matters within the meaning of Article 65 of the Treaty*”. La efficace ed efficiente disciplina dell'insolvenze transfrontaliere è dunque propedeutica al corretto funzionamento del mercato interno, a sua volta connesso alla cooperazione giudiziaria in materia civile di cui all'art. 65. Sull'efficacia propulsiva di tale norma v. anche S. BARIATTI, *Casi e materiali di diritto internazionale privato e comunitario*, II ed., Milano, 2009, pp. 3 ss.

⁽⁷⁹⁾ La letteratura italiana sul tema è vastissima. Si vedano, tra i molti: S. BARIATTI, *L'applicazione del Regolamento CE n. 1346/2000 nella giurisprudenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, pp. 673 ss.; R. BATTAGLIA, *Brevi note sul regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2002, I, pp. 22 ss.; M.V. BENEDETTELLI, “*Centro degli interessi principali*” del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, pp. 499 ss.; G. BONGIORNO, *La tutela dei creditori nella nuova disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2003, I, pp. 640 ss.; R. CAPONI, *Il Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Foro it.*, 2002, V, 220; L. DANIELE, *Legge applicabile e diritto uniforme nel regolamento comunitario relativo alle procedure d'insolvenza*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2002, pp. 33 ss.; ID., *Il Regolamento N. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza: spunti critici*, in P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, pp. 289 ss.; P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, Milano, 2004; P. DE CESARI, *Diritto internazionale privato e processuale comunitario*, Torino, 2005, pp. 167 ss.; M. DE CRISTOFARO, *Il regolamento CE n. 1346/2000 relativo alle procedure d'insolvenza*, in *Le convenzioni di diritto del commercio internazionale*, a cura di F. FERRARI, Milano, 2002, pp. 375 ss.; ID., *Nuovo coordinamento delle giurisdizioni in Europa*, in *Int'l Lis*, 2002, pp. 82 ss.; F. DE SANTIS, *La normativa comunitaria relativa alle procedure di insolvenza transfrontaliere e il diritto processuale interno: dialoghi tra i formanti*, in *Dir. fall.*, 2004, I, pp. 91 ss.; S. DI AMATO, *Le procedure di insolvenza nell'Unione Europea: competenza, legge applicabile ed insolvenza transfrontaliera*, in *Fallimento*, 2002, pp. 693 ss.; A. DI MAJO, *Linee generali di coordinamento tra le procedure concorsuali in Italia e in Europa*, in *Dir. fall.*, 2003, I, pp. 597 ss.; L. FUMAGALLI,

Esso rappresenta, al momento, uno dei più indicativi frutti della c.d. *comunitarizzazione* del diritto internazionale privato e processuale ⁽⁸⁰⁾, oltre che l'epilogo del lungo e frastagliato percorso di avvicinamento compiuto dagli Stati membri in materia concorsuale.

Il Regolamento, che ha fagocitato gran parte dei risultati e delle certezze acquisite con le precedenti convenzioni di Istanbul e di Bruxelles, prevede regole generalmente applicabili in tutti gli Stati membri. All'interno dell'Unione Europea, inoltre, esso ha determinato il superamento delle convenzioni bilaterali in materia fallimentare (cfr. art. 44) ⁽⁸¹⁾, con l'ambizioso intento ⁽⁸²⁾ di

Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza: competenza internazionale, legge applicabile e riconoscimento delle decisioni straniere, in *Riv. dir. proc.*, 2001, pp. 677 ss.; P. LASCARO, *Brevi considerazioni sul Regolamento CE n. 1346/2000 in tema di insolvenza transfrontaliera*, in *Dir. fall.*, 2004, I, pp. 1329 ss.; L. MÈLIN, *La posizione dei creditori nelle procedure concorsuali aperte nell'Unione europea ai sensi del regolamento n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2004, I, pp. 1116 ss.; M. MONTANARI, *La perpetuatio iurisdictionis nel sistema del regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza*, in *Int'l Lis*, 2007, pp. 20 ss.; G. OLIVIERI, *Il regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza (Reg. CE 1346/2000)*, in www.judicium.it; L. PANZANI, *Il regolamento sulle procedure d'insolvenza*, in *Contratto e impr. – Europa*, 2002, pp. 436 ss.; C. PAPPALARDO REALE, *Il regolamento comunitario n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza transfrontaliere*, in *Dir. fall.*, 2004, I, pp. 1095 ss.; G. PISCIOTTA, *Il regolamento (CE) n. 1346/2000 sulle procedure d'insolvenza e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Europa e dir.*, 2001, pp. 413 ss.; V. PROTO, *Regolamento UE sulle procedure di insolvenza: un'opportunità per il legislatore italiano*, in *Fallimento*, 2000, pp. 709 ss.; C. PUNZI, *Le procedure d'insolvenza transfrontaliere nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, pp. 998 ss.; ID., *Le procedure di insolvenza nella disciplina comunitaria – Modelli di riferimento e diritto interno*, Torino, 2007; E.F. RICCI, *Le procedure locali previste dal Regolamento CE n. 1346/2000*, in *Giur. comm.*, 2004, I, pp. 900 ss.; SCIPIONE, *Procedure concorsuali di insolvenza nella disciplina comunitaria e prospettive di riforma*, in *La «riforma urgente» del diritto fallimentare e le banche*, a cura di S. BONFATTI e G. FALCONE, Milano, 2003, pp. 280 ss.; V. STARACE, *La disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza: giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. int.*, 2002, pp. 295 ss.; G.U. TEDESCHI, *Procedura principale e procedure secondarie nel regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2003, I, pp. 547 (o 540?) ss.; C. VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, Milano, 2006; S. VINCRE, *Il regolamento CE sulle procedure di insolvenza e il diritto italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, pp. 213 ss.; V. VITALONE, *Il regolamento n. 1346/2000 del Consiglio delle Comunità europee relativo alle procedure di insolvenza*, in *Giust. civ.*, 2002, II, pp. 317 ss. Nella dottrina straniera, tra i tanti: P. BURBRIDGE, *Cross border insolvency within the European Union, dawn of a new era*, in *European Law Review*, 2002, pp. 589 ss.; I. CANDELARIO MACÍAS, *Il diritto concorsuale in Europa*, Padova, 2001; ID., *Un examen sobre el reglamento 1346/2000 del Consejo de Europa de 29 de mayo sobre procedimientos de insolvencia comunitaria*, in *Dir. fall.*, 2002, I, pp. 32 ss.; H. HIRTE, *Towards a Framework for the Regulation of the Corporate Groups Insolvencies*, in *ECFR*, 2008, pp. 214 ss.; R. VAN GALEN, *The European Insolvency Regulation and Groups of Companies* (INSOL Europe Annual Congress, Cork, Ireland, October 16 – 18, 2003), in www.iiiglobal.org; M. VIRGÓS e E. SCHMIT, *Report on the Convention of Insolvency Proceedings*, in I.F. FLETCHER, G. MOSS e S. ISAAC, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings. A Commentary and Annotated Guide*, Oxford, 2002, pp. 261 ss.

⁽⁸⁰⁾ Su questo concetto v. P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana*, Milano, 2009, pp. 50 ss., ove anche un dettagliato elenco degli altri regolamenti emanati sulla base giuridica degli artt. 61 lett. c) e 65 del Trattato CE.

⁽⁸¹⁾ Sul punto v. B. WESSELS, *A Technical Note on the Insolvency Regulation*, in *Norton Annual Review of international Insolvency*, 2009, p. 330.

regolamentare la giurisdizione e il riconoscimento delle decisioni in tema di procedure concorsuali, individuando altresì la legge ad esse applicabile. Sotto questo punto di vista, il Regolamento sembrerebbe destinato ad incidere su un piano di schietta matrice internazionalprivatistica, nel tentativo di ridurre i conflitti potenziali tra procedure nazionali e la loro disarmonica sovrapposizione.

Se l'idea di fondo è indubbiamente legata alla concezione dell'Unione come spazio giuridico unico ⁽⁸³⁾, il risultato pratico perseguito è quello di attuare le suddivisioni territoriali interne ancora esistenti, cercando al contempo di non ignorare del tutto le istanze di carattere locale. In quest'ottica, il Regolamento ha adottato definitivamente un modello di governo delle insolvenze transfrontaliere riconducibile a quelli ispirati al principio di universalità limitata.

Con specifico riferimento ai concetti di “*procedura principale*” e “*centre of debtor's main interests*” (cfr. art. 3, par. 1), è però ancora possibile intravedere il sospirato (e mai del tutto accantonato) obiettivo di un'unica procedura concorsuale applicabile al debitore insolvente all'interno dell'Unione ⁽⁸⁴⁾. Del resto, se lo spazio giuridico comunitario è unico, al pari di quello che avviene all'interno di ogni singolo Stato membro, non dovrebbe essere possibile la convivenza (e la concorrenza) di più procedure a carico dello stesso debitore.

Cionondimeno, come si è già visto, il raggiungimento degli obiettivi che le procedure concorsuali universali e uniche si prefiggono incontra non pochi ostacoli quando beni, creditori e attività del debitore siano concentrati in Stati diversi.

L'adozione del Regolamento nasce, pertanto, dalla dichiarata consapevolezza che:

⁽⁸²⁾ Da ritenersi esclusivo, secondo A. FLESSNER, *L'idea dell'impresa nel diritto fallimentare europeo*, in *Dir. fall.*, 2005, I, p. 496.

⁽⁸³⁾ Cfr. *considerando* n. 1, laddove si prevede che “*The European Union has set out the aim of establishing an area of freedom, security and justice*”.

⁽⁸⁴⁾ Cfr. *considerando* n. 12, laddove, con riferimento alla procedura principale, si afferma che essa ha portata universale e tendenza a coinvolgere tutti i beni del debitore. In dottrina v. B. WESSELS, *Moving House: which court can open Insolvency Proceedings?*, in www.iiiglobal.org. V. anche D. GALLETTI, *L'insolvenza transfrontaliera nel settore bancario*, cit., p. 550, nel senso che il modello adottato dal Regolamento si colloca a metà strada tra quello *full universal* e quello *modified universal*, anche in virtù della *leadership* riconosciuta alla procedura principale; M. GUERNELLI, *Procedure concorsuali, politiche comunitarie e diritto interno: dalla prevenzione alla esdebitazione*, in *Fallimento*, 2008, p. 478, parla di unicità tendenziale della procedura principale. Sul punto v. anche I. MEVORACH, *Insolvency within Multinational Enterprise Groups*, cit., p. 90.

b1) l'insolvenza delle imprese presenta in maniera crescente implicazione transfrontaliera e incide sul corretto funzionamento del mercato interno ⁽⁸⁵⁾;

b2) per il buon funzionamento del mercato comunitario è inoltre necessario adottare misure idonee a dissuadere le parti dal trasferire i beni o i procedimenti giudiziari da uno Stato a un altro per ottenerne vantaggi in termini di disciplina giuridica, pratica nota con il nome di *forum shopping* ⁽⁸⁶⁾;

b3) sono ancora troppe e troppo profonde le differenze esistenti fra i diritti sostanziali e processuali nazionali e insormontabili, pertanto, le difficoltà incontrate nell'elaborazione di una procedura concorsuale europea dal carattere universale ⁽⁸⁷⁾.

Per queste ragioni, gli Stati membri hanno scelto di giocare fino in fondo la carta del coordinamento ⁽⁸⁸⁾: dei singoli provvedimenti da adottare in merito al patrimonio del debitore insolvente, così come delle procedure aperte contemporaneamente a suo carico all'interno dell'Unione, da parte di giudici appartenenti a fori diversi. Proposito di tutto rispetto, giacché il Regolamento copre in questo momento oltre novanta differenti procedure di insolvenza, a loro volta riconducibili a ventisei differenti Stati membri.

Ne deriva, in pratica, che l'attitudine universalistica della procedura principale (cfr. artt. 3 par. 1, 17 par. 1, 18 par. 1) è significativamente attenuata dalla

⁽⁸⁵⁾ Cfr. *considerando* n. 3, prima parte: “*The activities of undertakings have more and more cross-border effects and are therefore increasingly being regulated by Community law*”.

⁽⁸⁶⁾ Cfr. *considerando* n. 4. V. sul punto P. PAJARDI e A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 20: “*lo scopo di tale fenomeno migratorio è per lo più quello di subire un procedimento concorsuale meno sanzionatorio sotto il profilo penale e meno invasivo sotto quello gestorio, quindi l'intento d'incardinare il processo concorsuale o la procedura concordata nello Stato che assicuri un miglior trattamento per il debitore in generale o per i creditori che stanno gestendo il dissesto*”.

⁽⁸⁷⁾ Cfr. *considerando* n. 11. v. anche E. FRASCAROLI SANTI, *Il concordato fallimentare*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A. DIDONE, vol. II, Torino, 2009, p. 1363, che parla in proposito di “*variegato quadro europeo di difformità tra i diritti sostanziali vigenti negli Stati membri in materia concorsuale*”; nonché G. OLIVIERI, *Il Regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza (Reg. Ce 1346/2000)*, in www.judicium.it; C. FERRI, *Creditori e curatore della procedura principale nel Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza transnazionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 707. Sui *Principi Comuni di Diritto Fallimentare Europeo*, elaborati dalla dottrina a livello comunitario, v. A. FLESSNER, *L'idea dell'impresa nel diritto fallimentare europeo*, *op. loc. ult. cit.*; nonché B. WESSELS, *Principles of European Insolvency Law*, in www.iitglobal.org, il quale sottolinea “*the absence of a uniform system of security rights in Europe*” nonché “*the great diversity of National insolvency laws as regards criteria for priority to be given to the different classes of creditors*”.

⁽⁸⁸⁾ Di “*coordination of the measures to be taken regarding an insolvent debtor's assets*” parla la seconda parte del *considerando* n. 3; il *considerando* n. 20 precisa invece che si può ottenere una effettiva e soddisfacente realizzazione dell'attivo solo se “*all the concurrent proceedings pending are coordinated*”.

possibilità di aprire procedure concorsuali locali (secondarie o indipendenti), con effetti tendenzialmente limitati al patrimonio del debitore situato nello Stato di apertura ⁽⁸⁹⁾.

Tutte le procedure eventualmente aperte dovrebbero poi convivere attraverso appositi (e complessi) meccanismi di coordinamento, cui sembra affidato, in definitiva, il gravoso compito di promuovere l'efficacia e l'efficienza della gestione delle crisi d'impresa.

Al netto dei risultati concretamente ottenuti ⁽⁹⁰⁾, su cui si cercherà di tornare in seguito, va osservato che, in primo luogo, il Regolamento ha tentato di colmare il *gap* creatosi nello spazio giuridico europeo in forza delle disposizioni della già menzionata *Convenzione di Bruxelles* del 27 settembre 1968, concernente la competenza giurisdizionale e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, che escludeva dal proprio campo di applicazione proprio fallimenti, concordati ed altre procedure affini ⁽⁹¹⁾; in secondo luogo, esso si colloca nell'ambito di un più ampio nucleo di interventi che hanno complessivamente contribuito a tracciare i contorni della variegata disciplina europea delle insolvenze ⁽⁹²⁾. A tale nucleo sono senz'altro riconducibili: le direttive dedicate

⁽⁸⁹⁾ Il *considerando* n. 11 esprime in modo chiaro le ragioni della scelta del modello ispirato alla universalità limitata. Definisce realistico il contenuto di tale *considerando* V. VITALONE, *Il Regolamento n. 1346 del 2000 del Consiglio delle Comunità Europee relativo alle procedure di insolvenza*, in *Giust. civ.*, 2002, I, p. 318. L. FUMAGALLI, *Apertura della procedura principale, competenza giurisdizionale e riconoscimento della decisione*, in *Giur. comm.*, 2007, II, pp. 313 ss., in particolare p. 326, osserva che le procedure secondarie costituiscono un limite concreto alla tendenziale universalità della procedura principale, cui è attribuita una posizione di centralità e predominanza.

⁽⁹⁰⁾ B. WESSELS, *EU Insolvency Regulation: Where to go from here?*, in *IILR*, 2011, p. 299, reperibile anche sul sito web www.beck-online.beck.de, sottolinea che la tenuta del Regolamento dovrebbe essere valutata senza dimenticare il “*fragmented, uncertain and unpredictable state of affairs of some ten years ago*”.

⁽⁹¹⁾ Cfr. in particolare art. 1, co. 2, n. 2. Dello stesso tenore è l'art. 1, co. 2, lett. b), del *Regolamento CE del Consiglio n. 44/2001, del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale* (pubblicato nella G.U.C.E. 16 gennaio 2001, n. L 12; in vigore dal 1 marzo 2002; cd. *Bruxelles I*), che ha sostituito le disposizioni della convenzione di Bruxelles; per questo, ogni riferimento a tale convenzione si intende fatto al suddetto regolamento (cfr. art. 68): in questo senso v. anche B. WESSELS, *Moving House: which court can open Insolvency Proceedings?*, cit. Disposizioni analoghe sono contenute, sia nell'art. 2, lett. b), del Regolamento CE n. 1896/2006, che ha istituito un procedimento monitorio europeo, sia nell'art. 2, comma 2, lett. b), del Regolamento CE n. 805/2004, che istituisce il titolo esecutivo europeo per i crediti non contestati. Sul rapporto tra la convenzione di Bruxelles del 1968 e le azioni che derivano dal fallimento v. Corte di Giustizia CE, sentenza 22 febbraio 1979, in causa n. 133/78, in *Riv. dir. internaz.*, 1981, pp. 137 ss. In dottrina v. S.M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo*, III ed., Torino, 2000, p. 48; F. CORSINI, *Profili transnazionali dell'azione revocatoria fallimentare*, Torino, 2010.

⁽⁹²⁾ Dell'idea che il Regolamento “*should not be view in isolation, but rather in its relation to general procedural rules on jurisdiction and enforcement of judgments within Europe*” è anche B.

alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro ⁽⁹³⁾, la direttiva in materia di risanamento e liquidazione delle imprese di assicurazione 2001/17/CE ⁽⁹⁴⁾, e quella in materia di risanamento e liquidazione degli enti creditizi 2001/24/CE ⁽⁹⁵⁾.

Quanto alle ultime due direttive ⁽⁹⁶⁾, in particolare, è bene evidenziare che il Regolamento esclude esplicitamente dal proprio ambito di applicazione le procedure d'insolvenza che riguardano imprese assicuratrici, enti creditizi, imprese d'investimento che forniscono servizi che implicano la detenzione di fondi o di valori mobiliari di terzi, ed organismi d'investimento collettivo (cfr. art. 1 par. 2 e *considerando* n. 9). In tal modo, è stata riproposta una limitazione *ratione materiae* già affiorata nelle precedenti convenzioni comunitarie, sebbene, non a torto, fosse già stato osservato che le maggiori esigenze di certezza e di tutela sorgevano e sorgono proprio in relazione alle grandi insolvenze internazionali in cui sono coinvolte le banche e gli altri intermediari finanziari ⁽⁹⁷⁾,

WESSELS, *The present EU legislative framework on reorganization and winding-up of banks*, in www.iiiglobal.org.

⁽⁹³⁾ Il riferimento è alla direttiva 80/987/CE, prima modificata in modo sostanziale con diversi provvedimenti, tra cui la direttiva 2002/74/CE, che ha anche fornito una definizione più estesa del concetto di stato di insolvenza rilevante per gli effetti della sua applicazione (cfr. art. 2, co. 1 e co. 4); successivamente abrogata dalla direttiva 2008/94/CE (art. 16). Sul punto v. M. GUERNELLI, *Procedure concorsuali, politiche comunitarie e diritto interno: dalla prevenzione alla esdebitazione*, in *Fallimento*, 2008, pp. 477 e 478; l'Autore esamina anche il contenuto della Comunicazione della Commissione Europea n. 584 del 5 ottobre 2007, il cui testo si può leggere in www.europa.eu. Sulla Comunicazione 584/2007 v. pure G. SCHIANO DI PEPE, *La comunicazione della Commissione Europea: "Superare la stigmatizzazione del fallimento aziendale – Per una politica della seconda possibilità"*, in *Dir. fall.*, 2008, I, pp. 647 ss.

⁽⁹⁴⁾ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 marzo 2001, 2001/17/CE: pubblicata nella G.U.C.E. 20 aprile 2001, n. L 110, entrata in vigore il 20 aprile 2001, con termine di recepimento fino al 20 aprile 2003, recepita in Italia con d. lgs. 9 aprile 2003, n. 93; successivamente abrogata dall'art. 310 della direttiva 2009/138/CE, in materia di accesso ed esercizio delle attività di assicurazione e di riassicurazione, pubblicata nella G.U.U.E. 17 dicembre 2009, n. L 335.

⁽⁹⁵⁾ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 4 aprile 2001: pubblicata nella G.U.C.E. 5 maggio 2001, n. L 125, entrata in vigore il 5 maggio 2001, con termine di recepimento fino al 5 maggio 2004, recepita in Italia con l. 3 febbraio 2003, n. 14 e con d. lgs. 9 luglio 2004, n. 197. Sulle insolvenze transfrontaliere nel settore bancario v. E. GALANTI, *La nuova normativa europea sulle crisi bancarie*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, I, pp. 406 ss.; ID, *The New EC Law on Bank Crises*, in *International Insolvency Review*, 2002, pp. 49 ss.; D. GALLETTI, *L'insolvenza transfrontaliera nel settore bancario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, I, pp. 546 ss.; B. WESSELS, *The present EU legislative framework on reorganization and winding-up of banks*, cit.

⁽⁹⁶⁾ Entrambe propongono modelli di governo delle insolvenze di stampo *full universal*, che determinano l'unicità e l'universalità della procedura aperta a carico dell'ente finanziario. La limitazione della sovranità nazionale pare in tali casi bilanciata dal sistema dell'*home country control*, che dovrebbe assicurare un adeguato e stringente sistema di vigilanza su tali attività di impresa da parte delle autorità statali.

⁽⁹⁷⁾ Così già P. GOTTWALD, *Le insolvenze transfrontaliere*, cit.

in ragione dei pericoli di diffusione dell'insolvenza esistenti nel mercato dei valori mobiliari.

3.3.- La disciplina italiana delle insolvenze transfrontaliere tra legge fallimentare, Regolamento CE n. 1346/2000 e l. 31 maggio 1995 n. 218: cenni alle problematiche ancora aperte.

Con l'entrata in vigore del Regolamento si è consolidata (*rectius*: acuita) la distinzione tra la disciplina delle insolvenze transfrontaliere comunitarie e quella delle insolvenze transfrontaliere extracomunitarie o non comunitarie ⁽⁹⁸⁾.

Il criterio di discriminare tra le due fattispecie deve essere individuato, in particolare, nella collocazione del centro degli interessi principali del debitore.

L'insolvenza transfrontaliera *tout court* va dunque identificata come *genus* più ampio, cui ricondurre anche la *species* delle insolvenze transfrontaliere comunitarie. Solo con riferimento a queste ultime trova applicazione la disciplina introdotta con il Regolamento, il cui art. 3, par. 1, dedicato alla *competenza internazionale* ⁽⁹⁹⁾, stabilisce che sono competenti ad aprire la procedura (principale) d'insolvenza i giudici dello Stato membro nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore (c.d. *comi*).

Tralasciando per un attimo il ruolo che il *comi* riveste all'interno dell'Unione e il dibattito sorto intorno al significato concreto da attribuire all'espressione *centre of a debtor's main interests*, si desume chiaramente che esso funge, tra l'altro, da parametro di riferimento per l'applicazione del Regolamento stesso, oltre che per l'individuazione della giurisdizione che, in senso lato, potremmo definire comunitaria. In altri termini, il Regolamento trova margini di operatività solo se il

⁽⁹⁸⁾ Cfr. P. PISCITELLO, in AA. VV., *Diritto fallimentare [Manuale Breve]*, Milano, 2008, pp. 124 e 125. Nello stesso senso C. SENNI, *L'insolvenza infracomunitaria: il Regolamento (CE) n. 1346/2000*, in *Trattato di diritto delle procedure concorsuali*, III, diretto e coordinato da U. APICE, Torino, 2011, p. 1352, secondo cui vanno distinte «le ipotesi dell'insolvenza infracomunitaria dalle altre ipotesi in cui gli elementi di estraneità siano riferibili anche a Stati extracomunitari».

⁽⁹⁹⁾ Nella versione inglese, l'art. 3 è, forse più correttamente, rubricato "*International jurisdiction*". Come correttamente osserva F. DE SANTIS, *La dichiarazione di fallimento*, in *Trattato di diritto fallimentare*, I, diretto da V. BUONOCORE e A. BASSI, Padova, 2010, p. 239, in questa materia spesso si adoperano in maniera fungibile i termini «giurisdizione», «competenza» e «competenza giurisdizionale». Tuttavia, l'individuazione del giudice investito del potere di dichiarare l'apertura di una procedura concorsuale avente dimensione transfrontaliera (dal punto di vista dell'ordinamento interno italiano) è una questione di giurisdizione. Di «competenza giurisdizionale» si parla ad esempio in: Cass., sez. un., 14 aprile 2008, n. 9743.

centro degli interessi principali del debitore è situato all'interno dell'Unione europea, Danimarca esclusa ⁽¹⁰⁰⁾.

In questa scelta si può cogliere anche una sostanziale differenza rispetto a quanto previsto dalla Convenzione di Istanbul del 1990, per la cui applicazione era sufficiente che in uno degli Stati membri fosse collocata una sede secondaria dell'impresa ⁽¹⁰¹⁾.

E' stato anche evidenziato che la soluzione così individuata costituisce un primo evidente limite alla stessa funzionalità del Regolamento, che si mostra sin dal principio deficitario al cospetto di fenomeni di insolvenza transfrontaliera di dimensione extracomunitaria ⁽¹⁰²⁾, a maggior ragione laddove l'impresa extracomunitaria insolvente, in qualche modo, presenti elementi di collegamento con uno o più Stati membri (ad esempio, la sede statutaria). Infatti, in caso di trasferimento della sede sociale statutaria da uno Stato dell'Unione ad uno Stato extracomunitario, bisognerebbe comunque verificare il contestuale trasferimento del *comi* nello Stato di arrivo, con conseguente applicazione del Regolamento qualora risulti che il *comi* è ancora collocato nello Stato membro di partenza.

Neppure sembra possibile rintracciare nel Regolamento una norma simile a quella che la nostra legge fallimentare affida alle disposizioni dell'art. 9, co. 2, secondo cui il trasferimento della sede che avviene nell'anno antecedente l'iniziativa assunta per la dichiarazione di fallimento è irrilevante ai fini dell'individuazione del tribunale italiano competente ⁽¹⁰³⁾. Sicché, pare piuttosto

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. *considerando* n. 14. In dottrina v. M. DE CRISTOFARO, *Nuovo coordinamento delle giurisdizioni in Europa*, in *Int'l Lis*, 2002, p. 82 ss.; P. DE CESARI, *Le fonti in materia di insolvenza transfrontaliera*, in *Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, cit., p. 19; A. BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Bologna, 2009, p. 16, il quale utilizza la distinzione tra insolvenze che riguardano imprese «all'interno dell'Unione europea» ed insolvenze che interessano imprese «fuori dell'Unione»; V. STARACE, *La disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza: giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. internaz.*, 2002, pp. 295 ss.

⁽¹⁰¹⁾ S.M. CARBONE, *Una nuova ipotesi*, cit., p. 597.

⁽¹⁰²⁾ I. QUEIROLO, *L'insolvenza transnazionale: il regolamento (Ce) 1346/2000 e la disciplina italiana*, in *Il diritto fallimentare riformato*, cit., p. 812, evidenzia come il criterio scelto tradisce la prospettiva eurocentrica di approccio ai problemi derivanti dalle insolvenze transfrontaliere, finendo addirittura per facilitare fenomeni di *forum shopping* in scala globale. Sul punto v. anche P. GOTTWALD, *Le insolvenze transfrontaliere: tendenze e soluzioni europee e mondiali*, cit., p. 154.

⁽¹⁰³⁾ V. da ultimo Cass., 25 settembre 2009, n. 20689, in *Fallimento*, 2010, p. 295, con nota di A.M. PERRINO, *Questioni vecchie e nuove in tema di competenza*, che si occupa, però, dello spostamento della sede legale avvenuto oltre un anno prima la presentazione dell'istanza di fallimento. Sui diversi orientamenti della giurisprudenza circa l'influenza del trasferimento della sede legale ai fini del radicamento della competenza v. il commento, pp. 300 e 301. Sul punto v. anche *infra*, cap. III.

difficile che il Regolamento riesca a scoraggiare e neutralizzare pratiche di *forum shopping* di portata extracontinentale.

Il posizionamento del centro degli interessi principali all'interno dell'Unione assurge, quindi, al ruolo di imprescindibile condizione di applicabilità dell'intera normativa regolamentare comunitaria.

Il che, però, rilancia il tema dell'individuazione degli strumenti di governo delle insolvenze transfrontaliere non comunitarie, ogni volta cioè che la crisi investa un debitore il cui centro degli interessi principali sia collocato al di fuori dei confini di uno degli Stati destinatari del Regolamento ⁽¹⁰⁴⁾.

Con specifico riferimento al diritto italiano riemergono, a tal proposito, molti dei nodi irrisolti relativi ai controversi rapporti tra legge fallimentare e disciplina italiana di diritto internazionale privato ⁽¹⁰⁵⁾.

A tal riguardo, si può iniziare col dire che l'art. 9 l. fall., a dispetto della sua rubrica, contiene disposizioni sia in tema di competenza che di giurisdizione ⁽¹⁰⁶⁾, il cui radicamento a vantaggio dei tribunali italiani dovrebbe precedere logicamente ogni successiva questione sulla ripartizione della competenza interna. In altre parole, sembrerebbe possibile rintracciare in tali disposizioni anche una disciplina *minimal* dedicata alle insolvenze transfrontaliere ⁽¹⁰⁷⁾.

In ambito comunitario, è lo stesso Regolamento a prevedere che le proprie disposizioni in tema di competenza internazionale si limitano a designare lo Stato

⁽¹⁰⁴⁾ Cfr. *considerando* n. 33, secondo cui la Danimarca non è vincolata dal Regolamento e non è soggetta alla sua applicazione.

⁽¹⁰⁵⁾ Su cui v. più diffusamente S.M. CARBONE, *Il c.d. fallimento internazionale*, cit., pp. 635 ss., ove si evidenziano alcuni limiti intrinseci della l. 31 maggio 1995, n. 218, in aggiunta al controverso rapporto con la legge fallimentare.

⁽¹⁰⁶⁾ In questo senso v. A. BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, cit., p. 16; G. CAVALLI, *La dichiarazione di fallimento*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di S. AMBROSINI, Bologna 2006, pp. 46 e 47; P. CELENTANO, *Il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Fallimento e concordati. Le soluzioni giudiziali e negoziate della crisi d'impresa dopo le riforme*, a cura di P. CELENTANO e E. FORGILLO, Torino, 2008, p. 118, nota n. 29; MANTOVANI, *sub art. 9 l. fall.*, in *La legge fallimentare. Commentario teorico-pratico*, a cura di M. FERRO, ed. 2, Padova, 2011, p. 119. Nel senso che la legge fallimentare del 1942 aveva ritenuto di risolvere il tema della giurisdizione e della competenza con le disposizioni contenute nell'art. 9 v. F. DE SANTIS, *La dichiarazione di fallimento*, cit., p. 232. Per opere più risalenti v. M. GIULIANO, voce *Fallimento (dir. intern.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1967, vol. XVI, p. 240: "*la competenza giurisdizionale del giudice italiano a provvedere alla dichiarazione di fallimento dell'imprenditore commerciale (italiano o straniero che sia) può dirsi sussistere sempre che vi sia – ma anche soltanto che vi sia – in Italia un giudice territorialmente competente ad emanare quella pronuncia*".

⁽¹⁰⁷⁾ v. P. CELENTANO, commento *sub art. 9 l. fall.*, in *La nuova riforma della legge fallimentare*, a cura di A. NIGRO e M. SANDULLI, I, Torino, 2006, p. 37, secondo cui l'art. 9 ha notevole importanza per la individuazione della giurisdizione italiana in materia fallimentare; nonché MANTOVANI, *sub art. 9 l. fall.*, cit., p. 122.

membro i cui giudici possono aprire procedure d'insolvenza, con apparente richiamo delle disposizioni interne per quanto riguarda il riparto della competenza territoriale ⁽¹⁰⁸⁾. A ciò si aggiunga che, secondo quanto previsto dall'art. 3, co. 2, l. 31 maggio 1995, n. 218 (*Riforma del diritto internazionale privato*, d'ora in avanti d.i.p.), nelle materie escluse dal campo di applicazione della *Convenzione di Bruxelles* del 1968, la giurisdizione sussiste anche in base ai criteri stabiliti per la competenza per territorio. E poiché la materia fallimentare è esclusa dal campo di applicazione della convenzione, la giurisdizione dei giudici italiani va valutata in conformità a quanto stabilito dagli artt. 9 e 24 l. fall. Così statuendo, la legge d.i.p. sembrerebbe aver definitivamente trasformato i criteri di competenza adottati in sede fallimentare in criteri di radicamento della giurisdizione nei rapporti internazionali ⁽¹⁰⁹⁾.

Più in particolare, in base all'art. 9, co. 1, l. fall., competente alla dichiarazione di fallimento è il tribunale del luogo ove l'imprenditore ha la sede principale dell'impresa ⁽¹¹⁰⁾, che si identifica con quello in cui si svolge prevalentemente l'attività direttiva e amministrativa degli affari dell'impresa stessa e coincide, di regola, con la sede legale ⁽¹¹¹⁾.

⁽¹⁰⁸⁾ Cfr. *considerando* n. 15. Sul punto però v. cap. II e cap. III.

⁽¹⁰⁹⁾ In questi termini: Cass., sez. un., 20 maggio 2005, n. 10606, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2006, pp. 432 ss.; nonché, per le revocatorie fallimentari, Cass., sez. unite, 10 agosto 1999, n. 584, in *Fallimento*, 2000, pp. 501 ss. In dottrina, nel senso che la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato ha legittimato la lettura dell'art. 9 l. fall. come norma sulla giurisdizione (ex art. 3, co. 2, ultima frase), v. L. FUMAGALLI, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza: competenza internazionale, legge applicabile e riconoscimento delle decisioni straniere*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, p. 679; ma anche M. FABIANI, *La comunitarizzazione della revocatoria transnazionale come tentativo di abbandono di criteri di collegamento fondati sull'approccio dogmatico*, in www.judicium.it, il quale aggiunge che la "semplificazione normativa apportata dalla riforma del diritto internazionale privato è però destinata a trovare applicazione solo con riferimento ai rapporti che coinvolgono soggetti o beni che si trovino fuori dai confini dell'Unione Europea".

⁽¹¹⁰⁾ Sulla corretta interpretazione del concetto di sede principale dell'impresa e sui criteri seguiti a tal fine dalla giurisprudenza v. P. PAJARDI e A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, VII ed., Milano, 2008, pp. 124 ss., in particolare la nota n. 34; G. BONGIORNO, *sub artt. 9, 9-bis, 9-ter l. fall.*, in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da A. JORIO e coordinato da M. FABIANI, Torino, 2006, p. 174, nota n. 10: l'Autore ricorda che anche nelle disposizioni degli artt. 43 e 343 c.c. compaiono rispettivamente i concetti di "sede principale dei suoi affari ed interessi" e "sede principale degli affari e interessi".

⁽¹¹¹⁾ In questo senso v. Cass., 24 maggio 2004, n. 9959, in *Dir. fall.*, 2005, II, 647; Cass., 12 marzo 2002, n. 3655, in *Arch. civ.*, 2003, 69; nonché Cass., 4 febbraio 2000, n. 1224, in *Fallimento*, 2000, 786; Cass., 10 febbraio 1999, n. 1116, *ivi*, 1999, 796. Nel senso che sull'interpretazione del concetto di sede principale ex art. 9, co. 1, l. fall., inciderà l'evoluzione giurisprudenziale sul *comi* v. C. CARRARA, *Giurisdizione italiana*, cit., p. 457.

Rimasta invariata nel tempo, in virtù di quanto poc'anzi osservato, questa disposizione si pone in via indiretta anche quale norma sulla giurisdizione italiana in materia concorsuale.

Dovrebbero, in effetti, integrare la fattispecie summenzionata anche alcune ipotesi con indubbi profili di internazionalità:

a1) quella dell'imprenditore straniero (*rectius*: extracomunitario) che abbia in Italia la sede principale della sua impresa ⁽¹¹²⁾;

a2) quella del fallimento in Italia di società italiana con soci stranieri illimitatamente responsabili, pur se non persone fisiche (art. 147, co. 1, l. fall. e art. 2361, co. 2, c.c.) ⁽¹¹³⁾, potendo questi ultimi legittimamente assumerne la qualità di socio e subirne altresì tutte le implicazioni ⁽¹¹⁴⁾.

Il successivo comma terzo dell'art. 9 l. fall., anch'esso sostanzialmente non modificato dalla *Riforma organica delle procedure concorsuali*, né tantomeno dal successivo *decreto correttivo* (d. lgs. 12 settembre 2007, n. 169), sancisce la perdurante fallibilità in Italia dell'imprenditore con sede principale dell'impresa all'estero; ciò, si badi bene, anche nel caso in cui lo stesso imprenditore sia già stato dichiarato fallito all'estero.

Oltre ad una sottintesa quanto anacronistica rivendicazione della supremazia dell'ordinamento interno e, con essa, del carattere schiettamente nazionale della procedura fallimentare ⁽¹¹⁵⁾, la norma manifesta la sua attitudine, questa volta

⁽¹¹²⁾ Sul tema delle società straniere che operano in Italia e della giurisdizione per la dichiarazione di fallimento v. Cass., 4 luglio 1985, n. 4049, in *Fallimento*, 1986, pp. 162 ss., con nota di A. CECCHERINI; in *Giur. comm.*, 1986, II, pp. 590 ss.

⁽¹¹³⁾ Sul punto v. P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana*, 2009, Milano, p. 11; nonché G. FRANCHI, *Fallimento: XVII) Diritto internazionale privato e processuale*, in *Enciclopedia Giuridica*, XIII, 1989, p. 1.

⁽¹¹⁴⁾ Cfr. Cass., sez. un., 6 luglio 2005, n. 14196, secondo cui, in tali casi, la giurisdizione italiana è una mera conseguenza del meccanismo di cui all'art. 147 l. fall., restando al contrario inapplicabile la normativa di conflitto dettata, per le società (e gli altri enti), dall'art. 25, l. 31 maggio 1995, n. 218, secondo cui (anche) la responsabilità per le obbligazioni dell'ente è disciplinata dalla legge regolatrice dello stesso. In senso conforme anche Cass., sez. unite, 27 giugno 2003, n. 10293, in *Società*, 2003, pp. 1353 ss.

⁽¹¹⁵⁾ Ma con effetti espansivi. Nel senso del testo v. P. CELENTANO, commento *sub* art. 9 l. fall., in *La nuova riforma della legge fallimentare*, cit., pp. 37 e 38; nonché C. PUNZI, *Le procedure d'insolvenza transfrontaliere nell'Unione Europea*, in *Riv. dir. proc.*, 2003, p. 1026. In giurisprudenza: v. Trib. Terni, 7 febbraio 2011, in *Fallimento*, 2011, spec. p. 713. Si ricordi che l'art. 3 c.p.c., abrogato dall'art. 71, l. 31 maggio 1995, n. 218 (d.i.p), non escludeva la giurisdizione italiana in caso di pendenza davanti ad un giudice straniero della medesima causa o di altra causa ad essa connessa. Inoltre, secondo Cass., sez. unite, 20 luglio 1977, n. 3237, in *Riv. dir. int.*, 1979, pp. 164 ss., in ossequio al principio di nazionalità o territorialità del fallimento, le procedure concorsuali previste dalla legge fallimentare italiana dovevano applicarsi a chiunque

diretta, a configurare una regola sulla giurisdizione ⁽¹¹⁶⁾. Pertanto, sebbene l'art. 9, co. 4, l. fall., faccia salva l'applicazione delle convenzioni internazionali e della normativa comunitaria, per le fattispecie ad esse non riconducibili continuano a riproporsi tutti gli interrogativi suscitati dal possibile concorso di più fallimenti stranieri contro il medesimo imprenditore e tutti gli inevitabili problemi di coordinamento che ne derivano ⁽¹¹⁷⁾.

Si è giustamente osservato che la legge fallimentare italiana non indica esplicitamente neppure le caratteristiche che l'imprenditore con sede principale dell'impresa all'estero dovrebbe possedere per essere dichiarato fallito (anche) dai nostri tribunali ⁽¹¹⁸⁾. Cionondimeno, dottrina e giurisprudenza sono da qualche tempo orientate nel senso che tale imprenditore, per essere assoggettato a fallimento in Italia, dovrebbe possedere *in loco* almeno una sede operativa dell'impresa ⁽¹¹⁹⁾, non essendo sufficienti, al contrario, per l'apertura della procedura:

b1) il semplice riscontro di manifestazioni di insolvenza all'interno del territorio;

avesse integrato nel territorio dello Stato i presupposti oggettivi e soggettivi delle procedure stesse, indipendentemente dalla nazionalità.

⁽¹¹⁶⁾ *Contra* C. VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, Milano, 2006, pp. 362 ss. Nello stesso senso del testo v. invece P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana*, cit., p. 12, i quali evidenziano la scarsa rilevanza pratica della norma.

⁽¹¹⁷⁾ In questo senso G. BONGIORNO, *La riforma del procedimento dichiarativo di fallimento*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A. DIDONE, Padova, 2009, p. 340.

⁽¹¹⁸⁾ P. PAJARDI e A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., p. 134. In questo senso si era già espresso M. GIULIANO, voce *Fallimento (dir. intern.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1967, vol. XVI, p. 240 e p. 241.

⁽¹¹⁹⁾ Nel senso che la norma richiede la presenza in Italia di un centro di interessi sufficientemente organizzato e stabile, tale da integrare una sede secondaria dell'impresa straniera, non essendo sufficiente che l'imprenditore abbia comunque operato in Italia, o vi possieda beni liquidabili con l'esecuzione concorsuale, v.: G. CAVALLI, *La dichiarazione di fallimento*, cit., p. 47; v. anche S. PACCHI PESUCCI, in AA. VV., *Diritto fallimentare*, coordinato da A. MAFFEI ALBERTI, Bologna, 2002, p. 76. In giurisprudenza v. App. Roma, 23 maggio 2005, in *Foro pad.*, 2006, I, pp. 310 ss., con nota di DI GRAVIO; Trib. Roma, 26 marzo 1987, in *Fallimento*, 1988, pp. 43 ss.; Trib. Milano, 28 novembre 1975, in *Giur. comm.*, 1976, II, p. 671. Critica tale impostazione F. CORSINI, *Profili transnazionali*, cit., p. 102. Per opere meno recenti si rimanda a M. GIULIANO, *Il fallimento nel diritto processuale civile internazionale*, Milano 1943, p. 168 ss., anche in relazione alla necessità che l'imprenditore nazionale o estero abbia in Italia almeno un centro secondario per svolgere i propri affari, ovvero una sede secondaria della propria impresa, perché possa esplicarsi la giurisdizione italiana al fine della sua dichiarazione di fallimento; ID., voce *Fallimento (diritto internazionale)*, in *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, p. 241; L. DANIELE, *Il fallimento nel diritto internazionale privato e processuale*, Padova, 1987, p. 55 ss.; G. FRANCHI, *Fallimento: XVII) Diritto internazionale privato e processuale*, in *Enciclopedia Giuridica*, XIII, 1989, p. 2.

b2) il mero esercizio di attività di impresa non strutturata o di una generica porzione di attività in Italia ⁽¹²⁰⁾;

b3) la semplice collocazione di beni nel territorio della Repubblica ⁽¹²¹⁾;

b4) l'esistenza di meri rapporti giuridici o la mera conclusione di contratti ⁽¹²²⁾.

In quest'ottica, condizione necessaria per l'apertura in Italia di una procedura fallimentare *ex art. 9, co. 3, l. fall.*, eventualmente concorrente con un'analoga procedura straniera – a parte la sussistenza degli altri presupposti stabiliti dalla legge fallimentare – è che l'imprenditore possieda in Italia almeno un centro secondario, mediante il quale eserciti attività commerciale in maniera non transitoria ed organizzata. Tale ipotesi ricostruttiva si basa sull'esatta considerazione che il fallimento aperto in Italia dovrebbe, a rigor di logica ed in assenza di qualsivoglia disposizione di coordinamento, produrre effetti su tutto il patrimonio del fallito, ovunque localizzato. Sembrerebbe quanto mai opportuno, pertanto, evitare l'affermazione della giurisdizione italiana in assenza di un radicamento sufficientemente stretto con il nostro ordinamento.

Nel complesso, l'esegesi dell'art. 9 l. fall. ci pone al cospetto di una disciplina di difficile interpretazione. Se tentassimo in particolare di inquadrarla secondo uno dei modelli di governo delle insolvenze descritti in precedenza (par. 2), dovremmo necessariamente constatare la coesistenza di due tendenze diametralmente opposte:

c1) per un verso, infatti, l'art. 9, co. 1, l. fall., sembra rivendicare la portata universale del fallimento dichiarato in Italia ⁽¹²³⁾, capace in quanto tale di fagocitare tutti gli *assets* dell'imprenditore ovunque collocati;

c2) per l'altro, invece, l'art. 9, co. 3, l. fall., sembrerebbe invocare a suo esclusivo vantaggio l'applicazione del modello *territorial*, in modo tale da giustificare la contemporanea apertura di più procedure a carico dello stesso

⁽¹²⁰⁾ Così A. MAZZONI, *Osservazioni*, cit., p. 16.

⁽¹²¹⁾ Esplicito sul punto è anche A. BONSIGNORI, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, a cura di F. GALGANO, Padova, 1986, p. 226.

⁽¹²²⁾ In questo senso MANTOVANI, *sub art. 9 l. fall.*, cit., p. 123; M. FABIANI, *Diritto fallimentare*, Bologna, 2011, p. 43; A. MAZZONI, *op. loc. ult. cit.* Ma v. anche C. CARRARA, *Giurisdizione italiana in materia fallimentare ed effetti del fallimento dichiarato all'estero*, cit., p. 3, la quale sottolinea che la soluzione pare preferibile anche alla luce di un opportuno bilanciamento tra universalità e territorialità.

⁽¹²³⁾ Nel senso che anche il fallimento dichiarato *ex art. 9, co. 3*, avrebbe portata “*tendenzialmente universale*”, v. P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana*, cit., p. 17, ove anche alcuni riferimenti a pronunce giurisprudenziali inedite.

debitore, senza però mettere in discussione la portata tendenzialmente universale del fallimento aperto in Italia (c.d. *universalità unilaterale*).

Ad ogni modo, pare davvero arduo conciliare la tendenziale universalità di più procedure aperte a carico dello stesso debitore: la concorrenza, in questo caso, si sostanzia più che altro in una lotta per contendersi avidamente gli stessi beni. Questo però solo in linea teorica. Nella pratica, infatti, l'apertura di una procedura in un certo Stato comporta l'applicazione di una determinata *lex fori concursus*, sicché il vero problema consiste nell'individuare, subito dopo l'apertura, opportune regole di coordinamento tra le diverse autorità per l'apprensione del patrimonio estero ⁽¹²⁴⁾. In assenza di specifiche disposizioni a ciò dedicate nella *lex fori*, la pretesa universalità della procedura nazionale si traduce inevitabilmente in un'aspirazione velleitaria ⁽¹²⁵⁾, dal momento che il curatore dovrà barcamenarsi tra le soluzioni applicative offerte dalla *lex loci*.

Tornando al rapporto tra la legge fallimentare e la disciplina di diritto internazionale privato, si è detto che la seconda delega sostanzialmente alla prima l'individuazione dell'ambito della giurisdizione italiana per quanto attiene alla dichiarazione di fallimento. Il che, però, sembra amplificare i problemi di compatibilità tra la fallibilità dell'imprenditore *ex art. 9, co. 3, l. fall.*, da una parte, e la disciplina della litispendenza internazionale (art. 7 d.i.p.) e del riconoscimento automatico delle sentenze straniere (art. 64 d.i.p.) ⁽¹²⁶⁾, dall'altra.

L'art. 64 d.i.p., in particolare, stabilisce che la sentenza straniera, in presenza di determinate condizioni, è riconosciuta automaticamente ed è produttiva di effetti anche in Italia, senza che sia necessario alcun procedimento di delibazione ⁽¹²⁷⁾. L'art. 7 d.i.p. prevede, dal suo canto, che il giudice, qualora ritenga che il provvedimento straniero sia idoneo a produrre effetti per l'ordinamento italiano, possa sospendere il proprio giudizio quando sia eccepita la previa pendenza tra le stesse parti di una domanda avente il medesimo oggetto e il medesimo titolo

⁽¹²⁴⁾ Sul punto v. C. VELLANI, *L'approccio giurisdizionale*, cit., pp. 363 ss.

⁽¹²⁵⁾ Così P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 21.

⁽¹²⁶⁾ S.M. CARBONE, *Il c.d. fallimento internazionale*, cit., p. 636 e p. 637.

⁽¹²⁷⁾ F. DE SANTIS, *La dichiarazione di fallimento*, cit., p. 234, parla di delibazione automatica condizionata dal rispetto di alcune garanzie processuali minimali (sussistenza della giurisdizione, rispetto del contraddittorio, assenza di ulteriori rimedi ordinari interni, non contrarietà all'ordine pubblico italiano).

dinanzi a un giudice straniero (co. 1) ⁽¹²⁸⁾. Applicate in sede fallimentare ⁽¹²⁹⁾, queste regole dovrebbero necessariamente precludere l'avvio di una procedura concorsuale in Italia ogni volta che, a carico dello stesso imprenditore, un procedimento simile sia già pendente all'estero. A maggior ragione, tale soluzione sembrerebbe obbligata quando la procedura concorsuale sia già stata aperta in uno Stato diverso ⁽¹³⁰⁾.

Ne deriverebbe però uno stridente contrasto con la lettera dell'art. 9, co. 3, l. fall., ultima parte (*“anche se è già stata pronunciata dichiarazione di fallimento all'estero”*) dinanzi al quale, in dottrina, con particolare riferimento alla litispendenza internazionale, sono state prospettate ricostruzioni interpretative diametralmente opposte:

d1) l'art. 7 d.i.p. sarebbe, secondo alcuni, destinato a soccombere al cospetto dell'art. 9, co. 3, l. fall., vista la specialità e la prevalenza della norma dettata in campo fallimentare ⁽¹³¹⁾;

d2) secondo altri, quella aperta successivamente in Italia si porrebbe quale procedura di natura secondaria, rivolta esclusivamente alla liquidazione del patrimonio locale ⁽¹³²⁾;

⁽¹²⁸⁾ In giurisprudenza, sulla litispendenza internazionale, v. Cass., 15 dicembre 2000, n. 15843; Cass., sez. un., 29 gennaio 2001, n. 37, in *Giur. it.*, 2001, p. 1603, con nota di G. CANALE; Cass., 3 aprile 2007, n. 7354.

⁽¹²⁹⁾ Va detto che la giurisprudenza, già in epoca precedente alle recenti riforme delle procedure concorsuali, si era espressa favorevolmente circa l'applicabilità del riconoscimento automatico delle sentenze straniere ex art. 64 d.i.p. in materia fallimentare: Cass., 10 gennaio 2001, n. 283, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2001, pp. 726 ss. In dottrina, nel senso che l'art. 64 d.i.p. non fa eccezioni per le decisioni di apertura di procedure di insolvenza v. G. MONTELLA, *Riconoscimento ed effetti in Italia delle decisioni extracomunitarie di insolvenza*, in *Fallimento*, 2008, p. 575, il quale individua un preciso riferimento normativo nelle disposizioni dell'art. 17 dello stesso Regolamento n. 1346/2000; C. VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, Milano, 2006, pp. 474 ss.; V. SALERNO, *Legge di riforma del diritto internazionale privato e giurisdizione fallimentare*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 1998, pp. 5 ss. *Contra*: A. CAMPEIS e G. DE PAULI, *Un'eccezione pattizia ai principi di indelibabilità delle sentenze dichiarative di fallimento e di inesistenza di effetti anticipati delle sentenze di riconoscimento*, in *Giur. it.*, 1998, pp. 1159 ss., nota a App. Venezia, 11 giugno 1997. Per la giurisprudenza comunitaria v. Corte di giustizia CE, 4 febbraio 1988, in causa C-145/86, in *Foro it.*, 1988, IV, 321. Per alcune riflessioni circa l'applicabilità dell'art. 64 d.i.p. alla materia fallimentare, v. anche F. CORSINI, *Profili transnazionali*, cit., p. 95, nonché L. BACCAGLINI, *Il riconoscimento e l'esecuzione della sentenza fallimentare straniera in Italia*, Trento, 2008, p. 44.

⁽¹³⁰⁾ L. FUMAGALLI, *Il regolamento comunitario*, cit., p. 680.

⁽¹³¹⁾ v. F. DE SANTIS, *La dichiarazione di fallimento*, cit., p. 235, il quale, riconoscendo alla disciplina fallimentare riformata la natura di *jus superveniens* rispetto alla legge d.i.p., afferma che l'art. 9, co. 3, l. fall., deve essere apprezzato alla stregua di una norma derogatoria della disciplina italiana di diritto internazionale privato. Sul tema v. anche S. BONFATTI e P.F. CENSONI, *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007, p. 15; S.M. CARBONE, *Il c.d. fallimento internazionale*, cit., p. 638.

d3) altri ancora sostengono che l'art. 9, co. 3, l. fall., quantomeno nella sua ultima parte, sarebbe stato tacitamente abrogato in virtù del contrasto insanabile con i principi di litispendenza internazionale di cui all'art. 7 d.i.p. ⁽¹³³⁾, sicché la procedura straniera già aperta coinvolgerebbe anche i beni del debitore collocati in Italia, ove sarebbe, di conseguenza, precluso l'avvio di un nuovo procedimento.

Maggiore concordia di opinioni si è riscontrata per quanto riguarda l'applicabilità in materia fallimentare dell'art. 64 d.i.p. ⁽¹³⁴⁾. Nondimeno, a tal riguardo, è stato giustamente osservato che, quand'anche si desse per scontata l'operatività del meccanismo di automatico riconoscimento, il vero problema consisterebbe pur sempre nell'individuare in concreto gli effetti che alla sentenza straniera di fallimento dovrebbero essere riconosciuti in Italia ⁽¹³⁵⁾.

⁽¹³²⁾ I. QUEIROLO, *L'insolvenza transnazionale: il regolamento (Ce) 1346/2000 e la disciplina italiana*, in *Il diritto fallimentare riformato*, cit., pp. 294 ss.; C. VELLANI, *L'approccio giurisdizionale*, cit., p. 377 e pp. 485 ss., il quale ritiene che l'art. 9, co. 3, l. fall., sia espressione del principio di universalità limitata. In passato, non riteneva del tutto condivisibile tale ultima interpretazione adeguatrice S.M. CARBONE, *Una nuova ipotesi*, cit., p. 594. Sul punto v. anche C. CARRARA, *Giurisdizione italiana in materia fallimentare ed effetti del fallimento dichiarato all'estero*, cit., p. 4, che parla in proposito di contrasto apparente tra disciplina fallimentare e diritto internazionale privato.

⁽¹³³⁾ Così P. DE CESARI, *Il Regolamento comunitario n. 1346/2000 del 29 maggio 2000 relativo alle procedure di insolvenza. Aspetti generali*, in *Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, cit., p. 65; di abrogazione tacita parlava anche V. PROTO, *La riforma del sistema del diritto internazionale privato e le procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 1997, p. 18; dubita che la norma sia sopravvissuta all'entrata in vigore del Regolamento, anche in virtù della prevalenza del diritto comunitario su quello nazionale: G. MONTELLA, *Il Regolamento CE 1346/2000 sulle procedure di insolvenza e la legge applicabile alla revocatoria fallimentare*, in *Foro. it.*, 2007, I, 2817. Sul punto anche M. FABIANI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 44.

⁽¹³⁴⁾ V. nota precedente n. 84. Sul rapporto tra art. 64 d.i.p. e art. 9, co. 3, l. fall., v. anche Trib. Lodi, 27 settembre 2002, in *Dir. fall.*, 2005, II, pp. 975 ss., con nota di F. DIALTI, *Fallimento in Italia di sede secondaria di società già fallita all'estero*, che peraltro non pare tener conto dell'applicabilità *ratione temporis* del Regolamento.

⁽¹³⁵⁾ Così S. DI AMATO, *Le procedure di insolvenza nell'Unione Europea: competenza, legge applicabile e disciplina transfrontaliera*, cit., p. 695, nota n. 16, e p. 696. Sugli effetti del riconoscimento delle decisioni di apertura, e sulla distinzione tra tesi della "estensione degli effetti", della "assimilazione degli effetti", e del c.d. "doppio limite" v.: G. MONTELLA, *Riconoscimento*, cit., pp. 575 e 576; I. QUEIROLO, *Le procedure di insolvenza nella disciplina comunitaria*, Torino, 2007, p. 227. Nel senso che il riconoscimento di una decisione extracomunitaria di apertura non comporta in Italia gli stessi effetti della legge italiana, bensì quelli prodotti nell'ordinamento di provenienza, v. Trib. Napoli, 10 gennaio, 2008, in *Fallimento*, 2008, pp. 571 ss.; in *Int'l Lis*, 2009, p. 9, con nota critica di L. BACCAGLINI; sul tema v. anche la nota Cass., Sez. Un., 9 dicembre 1991, n. 12031, in *Giur. comm.* 1992, II, pp. 37 ss., con nota di CANALE, *Esecuzione su beni del fallito siti all'estero, pagamenti coattivi e revocatoria fallimentare: problemi vari in tema di giurisdizione*, che si era occupata del caso di una procedura fallimentare italiana che rivendicava il divieto di azioni esecutive nell'ordinamento svizzero. Sul riconoscimento in Italia di un provvedimento straniero assimilabile alla nostra dichiarazione di fallimento v. anche Cass., 9 luglio 2007, n. 16991, in *Diritto comunitario e internazionale*, supplemento bimestrale a *Guida al Diritto*, 2007, 6, pp. 86 ss., con nota di A. LEANDRO.

Nel caso di decisioni di apertura che provengono da Paesi extracomunitari ⁽¹³⁶⁾ bisognerebbe, infatti, risolvere il problema che il Regolamento ha affrontato con le disposizioni dell'art. 17, secondo cui la decisione di apertura della procedura d'insolvenza produce in ogni altro Stato membro gli stessi effetti previsti dalla legge dello Stato di apertura ⁽¹³⁷⁾. Inoltre, è stato anche sostenuto che la stessa possibilità di pronunciare il fallimento dell'imprenditore già dichiarato fallito all'estero avrebbe quale vero presupposto il mancato riconoscimento in Italia del provvedimento straniero che ne accerta l'insolvenza ⁽¹³⁸⁾.

La disciplina *minimal* delle insolvenze transfrontaliere contenuta nella legge fallimentare si chiude con le disposizioni dell'art. 9, co. 5, l. fall, ove si prevede che, in ossequio al più generale principio della c.d. *perpetuatio iurisdictionis* (cfr. art. 8 d.i.p. e art. 5 c.p.c.), il trasferimento della sede all'estero non fa venir meno la sussistenza della giurisdizione italiana se è avvenuto dopo che è stata intrapresa l'iniziativa di cui agli artt. 6 e 7 l. fall. ⁽¹³⁹⁾. In altri termini, la giurisdizione del giudice italiano si radica quando, al momento della presentazione del ricorso di fallimento o della richiesta del pubblico ministero, l'impresa ha la propria sede legale in Italia, anche se nel corso dell'istruttoria il debitore trasferisca la sede all'estero.

Rimarrebbero apparentemente scoperte le sole ipotesi di trasferimento della sede all'estero prima dell'iniziativa *ex* artt. 6 e 7 l. fall. Sul punto va però segnalata l'esistenza di un consolidato orientamento della Suprema Corte di Cassazione, la quale, richiamando talvolta anche l'art. 25 d.i.p. ⁽¹⁴⁰⁾, reputa

⁽¹³⁶⁾ Oppure, come si è già avuto modo di chiarire, dalla Danimarca.

⁽¹³⁷⁾ Nel senso che l'art. 17 del Regolamento andrebbe applicato anche agli Stati non UE (nonché alla Danimarca) v. G. MONTELLA, *Riconoscimento*, cit., p. 576: l'Autore osserva anche che il passo successivo, a questo punto, consisterebbe nel distinguere gli effetti che comportano esecuzione coattiva, da quelli che al contrario non la comportano.

⁽¹³⁸⁾ Per una opportuna ricostruzione del dibattito v. F. CORSINI, *Profili transnazionali*, cit. p. 98.

⁽¹³⁹⁾ Sul significato da attribuire alla norma, anche alla luce di quanto disposto dall'art. 9, co. 3, l. fall., v. P. CELENTANO, commento *sub* art. 9 l. fall., in *La nuova riforma della legge fallimentare*, cit., p. 40; MANTOVANI, *sub* art. 9 l. fall., cit., p. 122 e p. 123. Essa peraltro recepisce una tesi già accolta nella giurisprudenza precedente, sia di merito che di legittimità: cfr. Cass., 18 maggio 2006, n. 11732, in *Fallimento*, 2006, 1448; Cass., Sez. Un., 11 novembre 1994, n. 9417, in *Fallimento*, 1995, pp. 806 ss.; Trib. Napoli, 26 maggio 1997, *ivi*, 1998, pp. 101 ss.

⁽¹⁴⁰⁾ Cfr. tra le tante: Cass., sez. unite, 16 dicembre 2009, n. 26287, in *Fallimento*, 2010, pp. 663 ss., secondo cui, in virtù di quanto previsto dall'art. 25 d.i.p., in presenza di un trasferimento solo fittizio permane la competenza giurisdizionale del giudice italiano. Nel senso che si tratta di una norma non idonea a individuare la giurisdizione e in ogni caso non necessaria, visto che l'art. 9 l. fall., richiamato dall'art. 3 d.i.p. “*stabilisce la competenza del tribunale nel quale il debitore*

irrilevante il trasferimento all'estero della sede legale della società quando meramente fittizio e non accompagnato dall'effettivo spostamento del centro degli interessi o dell'attività produttiva. Più in particolare, sono stati individuati dalla giurisprudenza taluni indizi, in presenza dei quali potrebbe essere invocata legittimamente la presunzione di fittizietà:

e1) il trasferimento della sede non accompagnato da quello dell'attività imprenditoriale;

e2) l'inerenza dell'istanza di fallimento a crediti scaduti prima del trasferimento;

e3) la cessazione dell'attività contestualmente al trasferimento della sede all'estero;

e4) la prossimità temporale alla domanda di fallimento;

e5) un contesto di crisi conclamata tale da rendere inverosimile l'effettività di una scelta operativa di carattere logistico (¹⁴¹).

In quest'ottica, il trasferimento all'estero della sede statutaria può essere considerato reale solo quando ad esso abbiano fatto seguito, sia l'effettivo esercizio dell'attività imprenditoriale, sia il trasferimento del centro dell'attività direttiva, amministrativa ed organizzativa della società. A maggior ragione, inoltre, dovrebbe essere considerato irrilevante lo spostamento fittizio o fraudolento della sede all'estero che segua il manifestarsi dell'insolvenza (¹⁴²).

ha la sua sede principale, indipendentemente dalla nazionalità italiana o estera del debitore" v. il commento di P. DE CESARI, *Il trasferimento all'estero della sede legale dell'impresa insolvente*, *ibidem*, p. 672.

(¹⁴¹) In questo senso v. Cass., Sez. Un., 13 ottobre 2008, n. 25038, in *Giust. civ.*, 2009, II, 337 ss.; nonché Cass., 23 settembre 2005, n. 18672, in *Guida al diritto*, 2005, 44; Cass., 21 marzo 2003, n. 4206, in *Fallimento*, 2004, 257, con nota di R. TISCINI. In questi casi, la presunzione di coincidenza tra sede legale ed effettiva dovrebbe operare con riferimento alla sede anteriore: Cass., Sez. Un., 20 maggio 2005, n. 10606. Una recente pronuncia di merito non esita a parlare di un vero e proprio "statuto della fittizietà" del trasferimento: Trib. Terni, 7 febbraio 2011, cit.

(¹⁴²) In questo senso v. Cass., Sez. Un., 16 febbraio 2006, n. 3368, in *Fallimento*, 2006, p. 845, che si occupa del trasferimento della sede legale in Ucraina ad opera di una società di capitali italiana. In motivazione viene richiamato l'art. 25, co. 1, legge d.i.p., il quale prevede, come criterio di collegamento, il luogo in cui si è perfezionato il procedimento di costituzione della società. Pertanto, nel caso di ente costituito in Italia, sarà il giudice italiano a dover valutare, in base alla propria legge nazionale, se il trasferimento della sede all'estero sia o meno conforme al nostro ordinamento, che appunto valorizza la sede effettiva della società a scapito di quella meramente formale. In proposito v. anche P. GENOVIVA, *Regolamento preventivo di giurisdizione e procedura prefallimentare*, in *Dir. fall.*, 2007, II, pp. 18 ss. Nello stesso senso: Cass., Sez. Un., 13 ottobre 2008, n. 25038, cit.; Cass., Sez. Un., 20 maggio 2005, n. 10606, in *Fallimento*, 2005, p. 827; Cass., Sez. Un., 23 gennaio 2004, n. 1244, *ivi*, 2004, p. 936, e in *Giur. it.*, 2004, p. 2103. Di spostamenti c.d. maliziosi della sede legale, operati al solo fine di disorientare i creditori, aveva già parlato A. BONSIGNORI, *Il fallimento delle società*, in *Trattato dir. comm. e dir. pubbl. ec.*, a cura di F. GALGANO, IX, Padova, 1986, p. 202.

La giurisdizione italiana, pertanto, sarebbe da escludere solo in caso di effettivo trasferimento, avvenuto prima del deposito del ricorso, purché difetti la prova del suo carattere fittizio o strumentale ⁽¹⁴³⁾.

Va osservato, però, che l'art. 9, co. 5, 1. fall., considera irrilevanti anche trasferimenti non fittizi successivi all'assunzione dell'iniziativa, senza preoccuparsi dei problemi connessi all'insorgenza di eventuali, più che probabili, conflitti di giurisdizione ⁽¹⁴⁴⁾. In effetti, sebbene la norma tenti meritevolmente di ostacolare le pratiche di *forum* e *law shopping*, essa potrebbe in concreto determinare il radicamento della giurisdizione in capo al giudice italiano anche nel caso di imprese che abbiano effettivamente trasferito la sede all'estero. Ne conseguirebbe, inevitabilmente, la possibile concorrenza di più giurisdizioni e di più procedure ⁽¹⁴⁵⁾.

Sul tema del trasferimento della sede sociale all'estero si tornerà più diffusamente in seguito. Ad ogni modo, l'auspicio che la riforma della legge fallimentare si preoccupasse di dissipare anche solo alcuni degli interrogativi posti dalle insolvenze transfrontaliere, colmando così una profonda e dolorosa lacuna normativa, è rimasto essenzialmente frustrato.

La disciplina fallimentare riformata pare anzi aver riproposto la regola della "nazionalità" ⁽¹⁴⁶⁾ del fallimento italiano e, con essa, quella della fallibilità in Italia dell'imprenditore già dichiarato fallito all'estero. Con la sola precisazione che sono "*fatte salve le convenzioni internazionali* ⁽¹⁴⁷⁾ e la normativa

⁽¹⁴³⁾ In questi termini: Cass., Sez. Un., 9 febbraio 2009, n. 3057, in *www.ilcaso.it*; in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2009, p. 934, relativa ad un ricorso per regolamento di giurisdizione diretto ad ottenere la declaratoria del difetto della giurisdizione italiana sulla istanza di fallimento contro una società avente sede in Italia al momento dell'iniziativa e successivamente trasferitasi in Stato extracomunitario; la stessa pronuncia avverte che la proposizione di regolamento di giurisdizione senza il riscontro preventivo e diligente dell'erroneità palese della propria tesi, costituisce causa di responsabilità processuale aggravata ex art. 96 c.p.c. Del trasferimento fittizio della sede sociale all'interno dell'UE si occupa invece Cass., Sez. Un., 9 aprile 2010, n. 8426.

⁽¹⁴⁴⁾ v. F. DIALTI, *Trasferimento del centro degli interessi principali del debitore nel territorio di un altro Stato membro successivamente alla proposizione della domanda di apertura della procedura di insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2006, II, pp. 425 e 426.

⁽¹⁴⁵⁾ In questi termini SANTANGELI, *Il nuovo fallimento*, Milano, 2006, p. 39.

⁽¹⁴⁶⁾ La Relazione illustrativa allo schema di decreto legislativo recante la *Riforma organica della disciplina delle procedure concorsuali*, parla senza mezzi termini di affermazione del principio della nazionalità della procedura fallimentare. V. però l'osservazione di G. MONTELLA, *Riconoscimento*, cit., p. 577, nota n. 16.

⁽¹⁴⁷⁾ A tal proposito la Relazione illustrativa contiene anche un riferimento di dubbio significato alla Convenzione di Bruxelles del 27 settembre 1968 (v. art. 1, comma 2, n. 2, che esclude, come già visto, dal suo campo di applicazione i fallimenti, concordati ed altre procedure affini). Dello stesso tenore è l'art. 1, comma 2, lett. b, del *Regolamento CE del Consiglio n.*

dell'Unione europea" (cfr. art. 9, co. 4, l. fall.). Formula, quest'ultima, che senza dubbio lascia inappagati quanti si attendevano (anche) dalla riforma delle procedure concorsuali risposte più chiare sul tema delle insolvenze *cross-border*, dal momento che il primato della normativa comunitaria su quella nazionale avrebbe trovato comunque applicazione, a prescindere dal chiarimento fornito dal nostro legislatore con la modifica dell'art. 9, co. 4, l. fall. ⁽¹⁴⁸⁾.

L'impressione, a dire il vero, è che si sia cercato di liquidare, forse un po' frettolosamente, gli spinosi problemi di coordinamento sorti in tema di litispendenza estera e di riconoscimento automatico delle sentenze straniere. Senza tener conto, peraltro, delle ricadute necessariamente negative sulla tutela degli eterogenei interessi che dalla disciplina delle procedure concorsuali invocano protezione ⁽¹⁴⁹⁾.

Al Regolamento può comunque essere riconosciuto il merito di aver sostituito, limitatamente al suo campo di applicazione, le regole a vocazione transfrontaliera poste dall'art. 9, co. 3, l. fall. ⁽¹⁵⁰⁾, con una propria disciplina dell'*international jurisdiction* improntata sull'idea dello spazio giuridico comune europeo. Almeno all'interno dell'Unione, pertanto, esso dovrebbe determinare il superamento, sia della dicotomia territorialità – universalità, sia della visione della giurisdizione quale strumento della sovranità dello Stato e, in quanto tale, tendenzialmente impermeabile alle interferenze esterne.

Cionondimeno, va anche detto che il Regolamento prevedeva espressamente una *vacatio legis* di circa due anni, al fine consentire l'adeguamento delle discipline nazionali alle sue disposizioni ⁽¹⁵¹⁾; e che, a differenza di altri Stati

44/2001. Ancora, il considerando n. 7 del Regolamento CE n. 1346/2000 prevede che le procedure di insolvenza sono escluse dal campo di applicazione della convenzione di Bruxelles del 1968.

⁽¹⁴⁸⁾ Sul punto v. Corte Cost., 8 giugno 1984, n. 170, in *Foro it.*, 1984, I, c. 2062, con nota di A. TIZZANO.

⁽¹⁴⁹⁾ P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 21, spiegano l'inerzia del nostro legislatore con l'avvenuto superamento della dicotomia territorialità-universalità conseguente all'entrata in vigore del Regolamento; circostanza che peraltro dovrebbe relegare la pratica applicazione della disciplina a vocazione transfrontaliera posta dall'art. 9 l. fall. su un piano assolutamente secondario.

⁽¹⁵⁰⁾ Anche l'art. 9, co. 5, l. fall. dovrebbe a rigore essere disapplicato in caso di applicabilità del Regolamento.

⁽¹⁵¹⁾ Cfr. art. 47, secondo cui il Regolamento entra in vigore a partire dal 31 maggio 2002, è obbligatorio in tutti i suoi elementi, ed è direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri. In questo senso v. S. DI AMATO, *Le procedure di insolvenza nell'Unione Europea: competenza, legge applicabile e disciplina transfrontaliera*, cit., p. 697. Sulla disciplina transitoria v. anche B. WESSELS, *A Technical Note on the EC Insolvency Regulation*, cit., p. 330.

membri che si sono prontamente mossi per adeguare le proprie legislazioni interne e favorire l'applicazione della disciplina comunitaria ⁽¹⁵²⁾, il legislatore italiano pare essersi limitato al mero *restyling* dell'art. 9, co. 4, l. fall.

Sebbene a livello europeo, infatti, si sia optato per un provvedimento vincolante e direttamente applicabile all'interno degli Stati membri ⁽¹⁵³⁾, molti di questi hanno da subito avvertito la necessità di adottare misure che agevolassero l'operatività pratica del Regolamento ⁽¹⁵⁴⁾.

Ciò non toglie che un intervento sia pur tardivo sulla legge fallimentare, che implementi le soluzioni prospettate a livello comunitario dal Regolamento, incontrerebbe il consenso unanime di operatori ed interpreti. Dalla rapida analisi di alcune delle pronunce rese dalla nostra giurisprudenza in tema di insolvenze transfrontaliere emerge, infatti, un continuo accavallamento di richiami, sia alla normativa comunitaria sia a quella interna. Ciò anche quando è evidente che solo la prima sia correttamente applicabile alle fattispecie concrete discusse ⁽¹⁵⁵⁾.

3.4.- Il Regolamento comunitario nel contesto globale di armonizzazione delle legislazioni concorsuali e l'attività dell'UNCITRAL.

S'impone, a questo punto, un tentativo di inquadramento della disciplina europea delle insolvenze transfrontaliere nel più generale contesto di dialogo e di convergenza delle legislazioni concorsuali promosso a livello mondiale ⁽¹⁵⁶⁾.

⁽¹⁵²⁾ Per una sintesi sui provvedimenti adottati in Francia, Germania, Spagna e Regno Unito v. P. DE CESARI, *Diritto internazionale privato e processuale e comunitario*, II ed., Torino, 2005, pp. 171 e 172; nonché P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 7. Con specifico riferimento a Spagna e Germania v. anche B. WESSELS, *Germany and Spain lead changes toward International Insolvency Law in Europe*, in www.iiiglobal.org. Sulla normativa in vigore in alcuni degli ordinamenti europei v. anche S.M. CARBONE, *Una nuova ipotesi*, cit., p. 599.

⁽¹⁵³⁾ Cfr. *considerando* n. 8. Di "scelta forte" parla M. FABIANI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 45.

⁽¹⁵⁴⁾ Sul punto, in questi termini, v. B. WESSELS, *Realisation of the EU Insolvency Regulation in Germany, France and The Netherlands*, in *European Business Law Review - EBLR*, 2004, issue I, reperibile anche in www.iiiglobal.org.

⁽¹⁵⁵⁾ Sul punto v. le osservazioni di F. CORSINI, *Profili transnazionali*, cit. p. 104; M. V. BENEDETTELLI, "Centro degli interessi principali" del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, pp. 511 – 512.

⁽¹⁵⁶⁾ Per un dettagliato panorama delle discipline che a livello planetario si occupano dell'insolvenza transfrontaliera v. K. PANNEN e S. RIEDEMANN, *Introduction*, in *European Insolvency Regulation*, K. PANNEN (ed.), Berlin, 2007, pp. 11 ss. Per una sintesi delle indicazioni pervenute dal Fondo Monetario Internazionale e dalla Banca Mondiale, sulle quali in questa sede

L'avvicinamento dei diversi sistemi giuridici in tale settore ha trovato un formidabile catalizzatore nell'incessante lavoro della commissione UNCITRAL (COMMISSIONE DELLE NAZIONI UNITE PER IL DIRITTO DEL COMMERCIO INTERNAZIONALE), il cui scopo è quello di contribuire all'armonizzazione del diritto nel campo del commercio internazionale, nel tentativo di indicare una rotta comune alle legislazioni interne ⁽¹⁵⁷⁾. Finalità che appare ancor più lodevole ove solo si rifletta sul carattere globale delle moderne crisi economiche e finanziarie, che a sua volta richiede agli operatori la ricerca di soluzioni anch'esse di portata globale.

Nell'assolvimento dei compiti che la contraddistinguono, l'UNCITRAL può ricorrere all'adozione di provvedimenti definiti *leggi modello*: si tratta di strumenti di *soft law*, che dovrebbero fungere da stimolo per le legislazioni nazionali, fornendo condivisi *standards* di riferimento. In tal modo, resta comunque affidata al fattivo contributo dei singoli Stati la concreta integrazione dei propri sistemi normativi, da attuare mediante l'incorporamento nei provvedimenti di carattere nazionale delle soluzioni proposte con le *leggi modello*.

La stessa natura della legge modello consente poi di apportare al testo *standard* quelle modifiche che si rendono necessarie ai fini del recepimento nei singoli ordinamenti ⁽¹⁵⁸⁾.

L'UNCITRAL può inoltre servirsi delle *guide legislative*, che presentano caratteristiche informative e strutturali differenti rispetto alle leggi modello ⁽¹⁵⁹⁾.

non ci si sofferma, v. M. SCIUTO, *Crisi dell'impresa e crisi della sovranità statale nel mercato globale (convergenza, concorrenza e coordinamento delle norme nazionali)*, cit., pp. 421 ss. Nel senso che, più che di globalizzazione del diritto, dovrebbe parlarsi di transnazionalismo, che nasce in virtù di intese orizzontali e determina il rimescolamento dei diritti nazionali v. S. ALAGNA, *Mercato globale e diritto dell'impresa*, cit. p. 14.

⁽¹⁵⁷⁾ Così M. FABIANI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 44. Sul punto v. anche P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 4.

⁽¹⁵⁸⁾ Nella *Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*, allegata alla Guida Legislativa 2004, si trova una sezione dedicata alla "*Model Law as a vehicle for the harmonization of laws*", nel cui par. 11 si può leggere che la "*..model law is a legislative text that is recommended to States for incorporation into their national law*"; nel successivo par. 12 si chiarisce invece che agli Stati che incorporano la legge modello è consentito "*modify or leave out some of its provisions*"; inoltre, la "*flexibility inherent in a model law is particularly desirable in those cases where it is likely that the State would wish to make various modifications to the uniform text before it would be ready to enact it as a national law. Some modifications may be expected in particular when the uniform text is closely related to the national court and procedural system (which is the case with the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency). This, however, also means that the degree of, and certainty about, harmonization achieved through a model law is likely to lower than in the case of a convention. Therefore, in order to achieve a satisfactory degree of harmonization and certainty, it is recommended that States make as few changes as possible in incorporating the UNCITRAL Model Law into their legal systems*".

Le guide, in particolare, contengono numerose *raccomandazioni* che, pur non essendo destinate a essere incorporate nei diritti nazionali, richiamano l'attenzione dei legislatori nazionali sulle questioni ritenute cruciali e suggeriscono possibili strategie di risoluzione ⁽¹⁶⁰⁾.

Nel campo delle insolvenze transfrontaliere l'UNCITRAL ha prodotto: la *Model Law on Cross-Border Insolvency* del 1997 (c.d. Legge Modello 1997); la *Legislative Guide on Insolvency Law* del 2004 (c.d. Guida Legislativa 2004); la *Practice Guide on Cross-Border Insolvency Cooperation* del 2009 (c.d. Guida Pratica 2009) ⁽¹⁶¹⁾; nonché il recente supplemento alla *Legislative Guide on Insolvency Law*, dedicato al trattamento delle insolvenze di gruppo ⁽¹⁶²⁾.

Le occasioni mancate da parte del legislatore italiano in tema di *cross border insolvency* sono particolarmente evidenti se rapportate all'attivismo di altri Stati, che hanno già proceduto a una radicale rivisitazione di tale settore normativo, facendo proprie le linee guida già individuate nella Legge Modello del 1997 ⁽¹⁶³⁾.

⁽¹⁵⁹⁾ Evidenzia le differenze tra *guide law* e *model law* v. L. GHIA, *Gli obiettivi della Guida Legislativa sull'Insolvenza dell'UNCITRAL*, in *Fallimento*, 2005, p. 1229. Sul tema v. anche la parte introduttiva della Guida Legislativa 2004 laddove si può leggere che “(...) a *model law* is a legislative text recommended to States for enactment as part of national law, with or without modification. As such, model laws generally propose a comprehensive set of legislative solutions to address a particular topic and the language employed supports direct incorporation of the provisions of the model law into a national law. The focus of a legislative guide, on the other hand, is upon providing guidance to legislators and other users and for that reason guides generally include a substantial commentary discussing and analysing relevant issues. It is not intended that the recommendations of a legislative guide be enacted as part of national law as such. Rather, they outline the core issues that it would be desirable to address in that law, with some recommendations providing specific guidance on how certain legislative provisions might be drafted”.

⁽¹⁶⁰⁾ Nel senso però che le *guide laws* fornirebbero talvolta raccomandazioni così precise da lasciare al legislatore solo il compito di precisare le linee già delineate in sede UNCITRAL v. M. SCIUTO, *Crisi dell'impresa e crisi della sovranità statale nel mercato globale (convergenza, concorrenza e coordinamento delle norme nazionali)*, cit., p. 422.

⁽¹⁶¹⁾ I testi dei provvedimenti adottati integralmente sono leggibili sul sito web ufficiale dell'UNCITRAL, www.uncitral.org.

⁽¹⁶²⁾ Il 21 luglio 2010 è stata così completata la terza parte della *Legislative Guide on Insolvency*, dedicata al *Treatment of enterprise groups in insolvency*, anch'essa reperibile sul sito web www.uncitral.org. Sul punto v. *infra*, cap. III.

⁽¹⁶³⁾ Significative sono a tal proposito le esperienze statunitense ed anglosassone: *Chapter 15 Bankruptcy Code*, introdotto negli USA dal *Bankruptcy Abuse Prevention and Consumer Protection Act 2005* e in vigore il 17 ottobre 2005; nonché *The Cross Border Insolvency Regulations 2006*, in Gran Bretagna il 4 aprile 2006. In dottrina, v. sul punto D.M. GLOSBAND, *America's new insolvency reform explained*, in *International Financial Law Review*, 2005, 24 (10), 19; S. MAIDEN, *A comparative analysis of the use of the UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency in Australia, Great Britain and the United States*, in *18 Insolvency Law Journal*, 2010, 63. Più in generale, sulla Legge Modello 1997 v.: J.A. BARRET, *Various legislative attempts with respects to bankruptcies involving more than one country*, in *33 Texas Int. Law Journal*, 1998, 557; A.J. BERENDS, *The UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency: A Comprehensive Overview*, in *6 Tulane Journal of International and Comparative Law*, Spring

Indipendentemente dal ruolo assunto dal Regolamento, infatti, sarebbe stato opportuno che la riforma del diritto fallimentare avesse tenuto ampiamente conto delle soluzioni proposte dall'UNCITRAL (¹⁶⁴).

A ciò si aggiunga che la successiva Guida Legislativa 2004 (¹⁶⁵), cui è allegato anche il testo di una *Guide to Enactment of the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*, esalta il ruolo che la disciplina delle insolvenze transfrontaliere riveste all'interno di ogni legge fallimentare. Nella sua parte introduttiva, infatti, tra i *key objectives* individuati per una *effective and efficient insolvency law*, si fa esplicito riferimento alla necessità di stabilire una cornice normativa per le insolvenze internazionali. Le leggi dei singoli ordinamenti dovrebbero in particolare: *i)* assicurare regole certe da applicare nei casi insolvenze *cross border*; *ii)* favorire il riconoscimento delle procedure straniere; *iii)* fare ampio utilizzo delle soluzioni contenute nella Legge Modello 1997 (¹⁶⁶).

Quanto alla Guida Pratica del 2009, va detto che essa contiene dettagliate informazioni su alcuni aspetti pratici della cooperazione in materia di insolvenze transfrontaliere. L'attenzione è concentrata, in particolare, sui c.d. *cross border*

1998, 309; S.M. CARBONE, *Una nuova ipotesi*, cit., pp. 600 ss.; K. DAWSON, *The UNCITRAL Model Law on cross-border insolvencies: will it make a difference?*, in *Receivers, Administrators and Liquidators Quarterly – RALQ*, 2000, 147; C. ESPLUGUES, *The Uncitral Model Law of 1997 on Cross-Border Insolvency: an approach*, in *Dir. comm. int.*, 1998, 657; R.W. HARMER, *UNCITRAL Model Law on cross-border insolvency*, in *International Insolvency Review*, 1997, 145; P.J. OMAR, *The UNCITRAL model law on cross-border insolvency*, in *International Company and Commercial Law Review - ICCLR*, 1999, 242.

(¹⁶⁴) La Guida Pratica 2009, nel capitolo I, par. 16, fornisce un elenco di Stati che hanno modificato la propria legge fallimentare basandosi sulla Legge Modello 1997: “*Australia (2008); the British Virgin Islands (2005); Canada (2009); Colombia (2006); Eritrea (1998); Great Britain (2006); Japan (2000); Mauritius (2009); Mexico (2000); Montenegro (2002); New Zealand (2006); Poland (2003); the Republic of Korea (2006); Romania (2003); Serbia (2004); Slovenia (2008); South Africa (2000); and the United States (2005)*”.

(¹⁶⁵) Per l'analisi dettagliata degli obiettivi e della parte introduttiva della Guida Legislativa 2004 si rimanda a L. GHIA, *Gli obiettivi della Guida Legislativa sull'Insolvenza dell'UNCITRAL*, cit., pp. 1229 e ss. Sul tema v. anche M. GUERNELLI, *Procedure concorsuali, politiche comunitarie e diritto interno: dalla prevenzione alla esdebitazione*, cit., pp. 480 e 481, ove anche una descrizione delle più recenti riforme attuate in alcuni Stati dell'Unione europea, tra cui Germania, Olanda, Austria, Finlandia, Svezia, Inghilterra, Francia e Italia.

(¹⁶⁶) Più in particolare, la Guida Legislativa del 2004 si esprime in questi termini: “*promote coordination between jurisdictions and facilitate the provision of assistance in the administration of insolvency proceedings originating in a foreign country, insolvency laws should provide rules on cross-border insolvency, including the recognition of foreign proceedings, by adopting the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency*”.

insolvency agreements ⁽¹⁶⁷⁾, in modo tale da completare e sviluppare il contenuto dell'art. 27, lett. d), della Legge Modello 1997 ⁽¹⁶⁸⁾.

Nell'arduo tentativo di individuare solo alcune tra le similitudini e le differenze sussistenti tra le soluzioni adottate in sede UNCITRAL e quelle offerte dalla disciplina comunitaria delle insolvenze transfrontaliere, bisogna necessariamente partire da quanto già detto a proposito dell'*international jurisdiction*.

Secondo quanto stabilito dal Regolamento, la competenza internazionale ad aprire una procedura principale spetta ai giudici dello Stato membro nel cui territorio il debitore abbia collocato il proprio *centre of main interests*. Cionondimeno, se il debitore possiede delle dipendenze dislocate in altri Stati dell'Unione, i giudici di tali Stati possono aprire procedure che, per ora, definiremo semplicemente "locali" o "territoriali" (cfr. art. 3, par. 2). Adottando questa soluzione normativa, il legislatore comunitario si è ispirato al criterio dell'universalità attenuata, già promosso con la Legge Modello 1997 ⁽¹⁶⁹⁾.

V'è sintonia, inoltre, tra la cooperazione degli organi promossa dalla Legge Modello 1997 (cfr. artt. 25, 26 e 27) e dalla Guida Pratica del 2009, da una parte, e gli obblighi di informazione e collaborazione previsti dagli artt. 31 e 40 del Regolamento ⁽¹⁷⁰⁾, dall'altra. A riprova di ciò, va anche detto che il Consiglio nazionale forense, il Consiglio nazionale dei dottori commercialisti e il *Conseil National des administrateurs judiciaires et des mandataires judiciaires* hanno

⁽¹⁶⁷⁾ V. Guida Pratica del 2009, parte introduttiva, par. 13, ove si trova (cfr. lett. i) una definizione di *cross-border insolvency agreement*, da intendere come "*an oral or written agreement intended to facilitate the coordination of cross-border insolvency proceedings and cooperation between courts, between courts and insolvency representatives and between insolvency representatives, sometimes also involving other parties in interest*".

⁽¹⁶⁸⁾ L'UNCITRAL si propone di fornire una cornice normativa che favorisca la cooperazione e lo scambio di informazioni tra le corti interessate alle insolvenze *cross border*. Le forme di cooperazione previste dall'art. 27 della Legge Modello 1997 sono raggruppate in sei categorie. Tra queste rientra l'approvazione o l'implementazione da parte delle corti di "*agreements concerning the coordination of proceedings*". In proposito, la Guida Pratica 2009 chiarisce che questi ultimi "*are designed to address the potential procedural and substantive conflicts arising in those cross-border cases, facilitating their resolution through cooperation between the courts, the debtor and other stakeholders across jurisdictional lines to work efficiently and increase realizations for stakeholders in potentially competing jurisdictions*".

⁽¹⁶⁹⁾ L'art. 28 della Legge Modello 1997 distingueva già tra procedura principale e procedura secondaria.

⁽¹⁷⁰⁾ L'art. 31 del Regolamento prevede: l'obbligo dell'informazione reciproca tra curatori (par. 1); il dovere della cooperazione reciproca (par. 2); infine, il curatore della procedura secondaria deve dare in tempo utile la possibilità al curatore della procedura principale di presentare proposte riguardanti la liquidazione o qualsiasi altro uso dell'attivo della procedura secondaria (par. 3). L'art. 40 disciplina invece gli obblighi di informazione nei confronti dei creditori. Sul punto v. anche il cap. II, par. 5.

recentemente adottato un *Protocollo* ⁽¹⁷¹⁾ per il rafforzamento della collaborazione tra i professionisti impegnati in procedure di insolvenza pendenti contestualmente nell'Unione europea e sottoposte all'applicazione del Regolamento. Si tratta, nella fattispecie, di un documento che valorizza lo scambio continuativo di informazioni utili, la trasparenza e la collaborazione costante tra i professionisti che assumano il ruolo di curatori; esso contiene, inoltre, una *Guida operativa* che indica agli addetti ai lavori alcune *best practices*, finalizzate al coordinamento effettivo delle procedure principali e secondarie d'insolvenza.

Tuttavia, nel confronto tra Regolamento e provvedimenti targati UNCITRAL, si riscontrano anche alcuni punti di netta discontinuità ⁽¹⁷²⁾.

Senza alcuna pretesa di completezza, in questa sede ci si limita a porre l'accento sul fatto che la Legge Modello del 1997: *a1)* non impone criteri di giurisdizione miranti ad eliminare o dirimere conflitti; *a2)* non accoglie il principio di riconoscimento automatico delle decisioni relative alla procedura di insolvenza straniera, stabilendo, a tal fine, precisi obblighi di attivazione a carico del curatore (cfr. artt. 15, 16 e 17) ⁽¹⁷³⁾. Per contro, come si avrà modo di osservare, il Regolamento fa del riconoscimento automatico delle decisioni – non solo di apertura – uno dei principali criteri di attuazione del modello *universal modified* europeo (cfr. art. 16), senza l'imposizione, a tal riguardo, né di particolari formalità, né tantomeno di controlli circa la competenza internazionale del giudice che ha pronunciato la decisione da riconoscere.

Va anche detto che, nella sua concreta applicazione, il Regolamento ha mostrato evidenti segni di cedimento, dovuti, in particolare, alle difficoltà da più

⁽¹⁷¹⁾ Il Protocollo risale al 7 maggio 2010. Nel *preambolo* si afferma la necessità del coordinamento tra le procedure principali e secondarie, da realizzare mediante una stretta collaborazione tra i diversi curatori ed un proficuo scambio di informazioni, sia nell'accertamento del passivo che nella liquidazione dell'attivo. Per tali motivi, il Protocollo contiene una *Guida Operativa*, che indica le modalità pratiche di trattamento del passivo e degli elementi di attivo del debitore che sono oggetto di procedure di insolvenza aperte in concomitanza all'interno dell'Unione Europea. Ovviamente, viene ribadito il necessario rispetto dei principi generali dettati in materia dal Regolamento, che consistono: nella reciproca fiducia; nel dovere di informazione e di cooperazione così come definito dall'art. 31 del Regolamento; nella subordinazione relativa della procedura secondaria di insolvenza alla procedura principale.

⁽¹⁷²⁾ Sul punto, con specifico riferimento alle convenzioni che hanno preceduto il Regolamento, v. P. GOTTWALD, *Le insolvenze transfrontaliere: tendenze e soluzioni europee e mondiali*, cit., p. 167; P. DE CESARI, *Le fonti in materia di insolvenza transfrontaliera*, in *Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, cit., pp. 11 – 14.

⁽¹⁷³⁾ S.M. CARBONE, *Una nuova ipotesi*, cit., p. 601; K. PANNEN e S. RIEDEMANN, *Introduction*, in *European Insolvency Regulation*, K. PANNEN (ed.), Berlin, 2007, p. 12.

parti riscontrate nell'interpretazione di alcune delle sue norme cardine ⁽¹⁷⁴⁾. Il che, a dire il vero, rappresenta una chiara battuta di arresto nel raggiungimento degli obiettivi di efficacia, efficienza e *predictability*, che la Guida Legislativa 2004 ha individuato come fondamentali per gli strumenti di governo delle insolvenze transfrontaliere.

Il tentativo di operare una riflessione approfondita su alcuni dei punti nevralgici della disciplina, pertanto, appare senz'altro opportuno, anche in virtù di quanto previsto dallo stesso Regolamento, che ha individuato una vera e propria *deadline* (giugno 2012) entro cui realizzare il primo *briefing* sui risultati ottenuti nella sua concreta applicazione ⁽¹⁷⁵⁾. Quest'occasione, infatti, andrebbe opportunamente sfruttata per promuovere eventuali proposte di modifica (cfr. art. 46).

4.- Campo di applicazione oggettivo del Regolamento, riflessi sul diritto interno e “danni collaterali”.

Nella parte introduttiva del Regolamento si afferma che, conformemente al principio di proporzionalità, esso dovrebbe contenere solo disposizioni in tema di:

- i) competenza (*rectius*: giurisdizione o competenza internazionale) per le decisioni di apertura delle procedure d'insolvenza;
- ii) competenza per le decisioni che direttamente scaturiscano da (o siano strettamente connesse a) quelle *sub i*);
- iii) riconoscimento delle decisioni *sub i*) e *ii*);
- iv) individuazione della legge applicabile alle procedure concorsuali aperte ⁽¹⁷⁶⁾.

⁽¹⁷⁴⁾ L. GHIA, *Profili internazionali del fallimento e fallimenti transfrontalieri*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di G. FAUCEGLIA e L. PANZANI, Milano, 2009, vol. III, pp. 1939 e 1940.

⁽¹⁷⁵⁾ Sul punto anche B. WESSELS, *A Technical Note on the EC Insolvency Regulation*, cit., p. 331, ove si parla di “*evaluation process*”.

⁽¹⁷⁶⁾ Cfr. *considerando* n. 6. Peraltro, lo stesso Regolamento (cfr. artt. 5 – 16) contiene la previsione di una serie di eccezioni al criterio della *lex fori concursus* (cfr. artt. 4 e 28), in base al quale si applica alla procedura di insolvenza e ai suoi effetti la legge dello Stato membro nel cui territorio è aperta (c.d. *Stato di apertura*). Su questi temi v. L. DANIELE, *Legge applicabile e diritto uniforme nel regolamento comunitario relativo alle procedure d'insolvenza*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, pp. 33 ss. Nel senso che il Regolamento “*detta regole di conflitto uniformi applicabili*

Conseguentemente, il modello *universal modified* elaborato in sede europea dovrebbe limitarsi a dettare regole di conflitto, senza invadere il campo del diritto materiale dei singoli Stati membri – tranne alcune specifiche eccezioni – e, soprattutto, senza introdurre procedure concorsuali nuove o comuni.

Eppure, sin dalle sue prime disposizioni, a prescindere dalle summenzionate petizioni di principio, il Regolamento tradisce l'innata tendenza ad incidere sul diritto interno degli Stati membri ben oltre il piano del diritto internazionale privato ⁽¹⁷⁷⁾.

Ciò è particolarmente evidente, ad esempio, nel caso in cui vengano aperte in Italia alcune delle procedure secondarie di carattere liquidatorio indicate nell'Allegato B. Ci si riferisce, in particolare, al fallimento e alla liquidazione coatta amministrativa.

A tal proposito, occorre richiamare quanto stabilito dall'art. 1, par. 1, laddove vengono indicati i requisiti che le procedure devono presentare affinché rientrino nell'alveo applicativo del Regolamento. Si deve trattare, in particolare, di procedure *a1) concorsuali*, *a2) fondate sull'insolvenza del debitore*, *a3) che comportino a carico di quest'ultimo uno spossessamento parziale o totale*, *a4) oltre che la designazione di un curatore*. A scanso di equivoci poi, di tali *procedure di insolvenza* ⁽¹⁷⁸⁾ il Regolamento fornisce anche un dettagliato elenco ⁽¹⁷⁹⁾, con l'esplicito intento di aggirare ostacoli di natura interpretativa che

nello spazio giuridico europeo con riferimento ad alcuni specifici profili delle procedure di insolvenza", v. C. SENNI, *op. cit.*, p. 1352 e p. 1356.

⁽¹⁷⁷⁾ Secondo V. PROTO, *Il regolamento comunitario*, cit., p. 10, il regolamento è destinato ad incidere sui criteri adottati dal giudice nazionale nella interpretazione delle norme e nella valutazione delle singole fattispecie. Sul punto v. anche E. RICCI, *Le procedure locali previste nel Regolamento CE n. 1346/2000*, in *Giur. comm.*, 2004, II, pp. 902 ss.

⁽¹⁷⁸⁾ Cfr.: art. 2, lett. *a)*, secondo cui, ai fini del Regolamento, per "Procedura di insolvenza", (nella versione inglese "*insolvency proceedings*") devono intendersi le procedure di cui all'art. 1, par. 1, il cui elenco figura nell'Allegato A; nonché *considerando* n. 31, secondo cui al Regolamento "dovrebbero essere acclusi allegati riguardanti l'iter delle procedure d'insolvenza. Poiché questi riguardano esclusivamente la normativa degli Stati membri, vi sono fondati motivi specifici perché il Consiglio si riservi il diritto di modificare detti allegati per poterli adattare alle eventuali modifiche del diritto interno degli Stati membri". Sul punto v. S. M. CARBONE, *Il Regolamento (CE) n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza*, in *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, a cura di S.M. CARBONE, M. FRIGO, L. FUMAGALLI, Milano, 2004, p. 100, secondo cui, ai quattro requisiti dell'art. 1 par. 1 dovrebbe aggiungersene uno di carattere implicito, rappresentato dal carattere transfrontaliero della procedura concorsuale; *contra* v. E. RICCI, *op. loc. ult. cit.*

⁽¹⁷⁹⁾ Da ultimo modificato con Regolamento del Consiglio, 25 febbraio 2010, n. 210/2010, reperibile in *Fallimento*, 2010, pp. 523 ss. Con specifico riferimento all'Italia, le procedure contemplate dall'Allegato A sono: fallimento, concordato preventivo, liquidazione coatta amministrativa e amministrazione straordinaria.

potrebbero sorgere nella concreta individuazione degli anzidetti requisiti di applicazione ⁽¹⁸⁰⁾.

Una fugace occhiata al contenuto degli Allegati A e B è tuttavia sufficiente per accorgersi che essi contemplano procedure concorsuali dai presupposti oggettivi eterogenei, tutti astrattamente riconducibili all'ampio concetto di insolvenza evocato dal Regolamento, sebbene solo parzialmente sovrapponibili all'insolvenza di cui all'art. 5 l. fall. ⁽¹⁸¹⁾. Quest'ultima, in particolare, nella versione accolta dalla giurisprudenza, sembrerebbe configurarsi quale situazione di manifesta illiquidità del debitore, il quale non dispone di mezzi adeguati al regolare soddisfacimento delle obbligazioni che vengono progressivamente alla scadenza ⁽¹⁸²⁾.

Con specifico riferimento alle procedure concorsuali italiane, pur tralasciando il fatto che l'accertamento dello stato di insolvenza ex art. 5 l. fall. non pare costituisca il presupposto oggettivo indefettibile per l'apertura di tutte le liquidazioni coatte amministrative ⁽¹⁸³⁾ e restringendo il campo di osservazione al concordato preventivo riformato, va detto che l'art. 160 fall. richiede oggi la

⁽¹⁸⁰⁾ Cfr. B. WESSELS, *EU Insolvency Regulation*, cit., p. 302, parla a tal riguardo di “closed-list system”.

⁽¹⁸¹⁾ Cfr. E. FRASCAROLI SANTI, *Il concordato fallimentare*, cit., p. 1363, la quale osserva correttamente che il presupposto oggettivo delle procedure che rientrano nell'ambito di applicazione del Regolamento “può configurarsi nello stato di insolvenza, ma anche di crisi o di rischio di insolvenza, a seconda della disciplina nazionale in base alla quale il procedimento si è aperto”.

⁽¹⁸²⁾ Cfr. Cass., Sez. Un., 13 marzo 2001, n. 115, in *Fallimento*, 2002, p. 375. Nel senso del testo: D. GALLETTI, *Le esternalità dell'insolvenza correlate alla struttura di rete ed il fondamento del trattamento concorsuale*, in *Le crisi dell'impresa nelle reti e nei gruppi*, a cura di F. CAFAGGI e D. GALLETTI, Padova, 2005, p. 15, ove anche una riflessione sul significato che l'insolvenza ha per le scienze aziendalistiche. Sul punto v. anche E.F. RICCI, *Lezioni sul fallimento*, I, Milano, 1992, p. 78, secondo cui la definizione giurisprudenziale di “situazione di illiquidità rispetto alle passività correnti” è “perfettamente in linea con quanto emerge dalla norma”. Per quanto concerne le società in stato di liquidazione, nel senso che l'accertamento dello stato di insolvenza dovrebbe avere ad oggetto la sola capacità dell'attivo di consentire la soddisfazione integrale dei creditori v. Cass., 14 aprile 2003, n. 6170, in *Fallimento*, 2003, 1303.

⁽¹⁸³⁾ F. DE SANTIS, *La normativa comunitaria relativa alle procedure di insolvenza transfrontaliere e il diritto processuale interno: dialoghi tra i formanti*, in *Dir. fall.*, 2004, I, p. 104, ritiene che, nei casi in cui la l.c.a. sia aperta per motivi diversi dall'insolvenza, non potrebbero trovare applicazione le norme del Regolamento. La tesi non pare invero condivisibile, dal momento che anche i presupposti oggettivi della l.c.a. sembrano riconducibili all'indefinito concetto di insolvenza che il Regolamento si limita solo a richiamare, affidando, per contro, la sua concreta individuazione alle leggi concorsuali di volta in volta applicabili. Il problema è semmai quello di verificare quali conseguenze si producono se le procedure concorsuali vengono aperte sulla base di presupposti oggettivi diversi da quelli previsti dalla legge nazionale (art. 27 Regolamento).

sussistenza del c.d. *stato di crisi* (co. 1) ⁽¹⁸⁴⁾. In altri termini, il presupposto oggettivo del concordato preventivo, così degli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis l. fall.*, è stato individuato dando specifica rilevanza ad un'espressione capace, di per sé, di assorbire multiformi situazioni di difficoltà che possono affliggere un'impresa, compreso il più grave stato di insolvenza ⁽¹⁸⁵⁾.

Ne consegue che, le procedure di insolvenza di cui all'art. 1, par. 1, del Regolamento corrispondono, nella disciplina fallimentare nostrana, ad un'ampia gamma di procedure concorsuali, finalizzate sia alla *liquidazione* che al *risanamento* ⁽¹⁸⁶⁾. Queste ultime, a loro volta, si fondano sull'accertamento di eterogenei presupposti oggettivi – o *stati di crisi* –, che vanno dal possibile e temporaneo squilibrio finanziario, economico o patrimoniale, fino alla più avvolgente e grave crisi di liquidità che metta stabilmente ⁽¹⁸⁷⁾ in discussione l'adempimento regolare di tutte le obbligazioni.

Volgendo lo sguardo alle discipline delle procedure concorsuali attualmente in vigore negli altri Stati membri, peraltro, è possibile constatare che, se è vero che la

⁽¹⁸⁴⁾ Sulla nozione di crisi: v. S. ROSSI, in AA. VV., *Diritto fallimentare. [Manuale breve]*, Milano, 2008, pp. 5 ss.; nonché A. BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, cit., pp. 51 ss.; M. FERRO, *Stato di crisi, relazione di fattibilità del piano e sindacato del giudice nel concordato preventivo*, in *Foro it.*, 2006, I, 919; G. TERRANOVA, *Stato di crisi, stato di insolvenza, incapacienza patrimoniale*, in *Dir. fall.*, 2006, I, pp. 547 ss.; ID., *Stato di crisi e stato di insolvenza*, Torino, 2007; S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, Padova, 2008, pp. 27 ss.; A. AMATUCCI, *Temporanea difficoltà e insolvenza*, Milano, 1979. Per una critica verso l'uso di un concetto troppo vago di crisi d'impresa, v. G.B. PORTALE, *La legge fallimentare rinnovata: note introduttive (con postille sulla disciplina delle società di capitali)*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2007, I, pp. 369 ss.

⁽¹⁸⁵⁾ Cfr. art. 160, ult. co., l. fall. Sul punto v. G. CAPO, *Lo stato di insolvenza*, in *Trattato di diritto fallimentare*, a cura di V. BUONOCORE e A. BASSI, vol. I, Padova, 2010, p. 174, secondo cui l'insolvenza “costituisce la più grave forma di manifestazione dello stato di «crisi»”; N. ROCCO DI TORREPADULA, *La crisi dell'imprenditore*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 216; G. CAVALLI, *I presupposti del fallimento*, in S. AMBROSINI, G. CAVALLI, A. JORIO, *Il fallimento*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, vol. XI, Padova, 2009, p. 128, secondo cui l'art. 160 conferma che “nella vita di un'impresa si posso riscontrare multiformi situazioni critiche diverse dalla vera e propria insolvenza, quali che siano poi le sfumature che le caratterizzano e le denominazioni con le quali si possono designare”, ma la norma “nulla dice (...) sui confini concettuali tra le une e le altre (...) e non influisce sul concetto fallimentare dell'insolvenza”.

⁽¹⁸⁶⁾ In questo senso: M. SCIUTO, *Crisi dell'impresa e crisi della sovranità*, cit., p. 430. Dell'idea che il Regolamento utilizzi un concetto di insolvenza più ampio di quello dell'art. 5 l. fall., con riferimento alla disciplina delle procedure concorsuali *ante riforma*: P. DE CESARI, *Disposizioni generali*, in *Le procedure di insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit. p. 87; si noti anche che nell'Allegato A trovava inizialmente posto la procedura di amministrazione controllata, che presupponeva la temporanea difficoltà dell'imprenditore di adempiere le proprie obbligazioni; come è noto, l'art. 147, d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5, ha però successivamente abrogato, a partire dal 16 luglio 2006, l'intero Titolo IV del r.d. 16 marzo 1942, n. 267.

⁽¹⁸⁷⁾ Nel senso che lo stato di insolvenza si configura quale “condizione stabile e non provvisoria” v. S. AMBROSINI, in AA. VV., *Elementi di diritto dell'impresa*, Torino, 2010, p. 293.

nozione di insolvenza dell'art. 5 l. fall. pare sostanzialmente corrispondente a quella di *insolvencia* della *Ley Concursal* spagnola (art. 2.2) ⁽¹⁸⁸⁾, è altrettanto vero che una maggiore distanza sembrerebbe emergere, almeno dal punto di vista formale, tra la nostra legge fallimentare e la *Insolvenzordnung* dell'ordinamento tedesco, la quale, come è noto, attribuisce rilievo non solo all'insolvenza che si sia già concretizzata, ma anche alla sua imminenza o minaccia (*Drohende Zahlungsunfähigkeit*) ⁽¹⁸⁹⁾, oltre che alla condizione di sbilancio patrimoniale (*Überschuldung*) ⁽¹⁹⁰⁾.

La eterogeneità dei presupposti oggettivi delle procedure concorsuali, individuati dalle singole leggi nazionali, non è stata mitigata dall'entrata in vigore del Regolamento. La scelta compiuta dal legislatore comunitario, infatti, è stata quella di astenersi dall'introdurre una nozione autonoma di insolvenza, delegando ad ogni singolo ordinamento il compito di selezionare i presupposti oggettivi rilevanti per le proprie procedure. In altri termini, le eventuali differenze esistenti tra le diverse procedure a livello europeo sono state esaltate, giacché ad ogni Stato

⁽¹⁸⁸⁾ Sul punto v. S. BELTRAN, *El derecho concursal espanol. La Ley Concursal de 9 de Julio de 2003*, in *Dir. fall.*, 2004, I, p. 781 ss.

⁽¹⁸⁹⁾ Cfr. § 18, *Insolvenzordnung*, in base al quale, se la domanda di apertura del procedimento di insolvenza è presentata dal debitore, costituisce motivo di apertura anche la imminente incapacità di pagamento (co. 1); tale situazione si verifica quando il debitore stesso non sarà prevedibilmente in grado di far fronte agli obblighi di pagamento nel momento in cui essi scadranno. Sul punto v. AA.VV., *Heidelberger Kommentar zur Insolvenzordnung*, Heidelberg, 2003, pp. 121 ss.; nonché V. SANGIOVANNI, *La domanda di apertura del procedimento d'insolvenza nel diritto tedesco*, in *Fallimento*, 2006, p. 502. Nel senso che l'imprenditore può chiedere "il proprio fallimento prima che l'insolvenza si sia manifestata all'esterno, semplicemente confessando l'impossibilità di proseguire nell'esercizio dell'impresa e di soddisfare le obbligazioni sino a quel momento assunte, per quanto non ancora scadute ed esigibili" v. G. CAVALLI, *I presupposti del fallimento*, cit., p. 136. Nel senso che l'insolvenza, quale presupposto del fallimento, non abbia bisogno di esteriorizzarsi, a meno che non sia la stessa legge fallimentare a richiederlo esplicitamente (cfr. art. 10 l. fall.) v. E.F. RICCI, *Lezioni*, cit., p. 83. In senso contrario sembra orientato F. FERRARA, *Il fallimento*, Milano, 1966, p. 125: "non è esatto dire che presupposto del fallimento è lo stato d'insolvenza (...) bensì che è la manifestazione dello stato di insolvenza".

⁽¹⁹⁰⁾ Cfr. § 19, *Insolvenzordnung*, in base al quale, se il debitore è una società, il presupposto oggettivo per l'apertura della procedura concorsuale è anche la condizione di sovraindebitamento (co. 1), ossia, la situazione che ricorre allorché il valore del patrimonio del debitore non è in grado di coprire il valore delle passività esistenti (co. 2): sul punto v. L. STANGHELLINI, *Directors' duties and the optimal timing of insolvency*, cit., p. 740, e spec. nt. 16. Ma v. anche A. NIGRO e D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009, p. 34 e p. 35, i quali precisano che la *Insolvenzverfahren* ha come presupposti oggettivi alternativi: i) l'insolvenza (§ 17 *Insolvenzordnung*); ii) lo sbilancio patrimoniale (per i debitori non persone fisiche); iii) ed il rischio di insolvenza; V. SANGIOVANNI, *op. loc. ult. cit.*; A. BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, cit., p. 54.

membro è concretamente devoluta l'individuazione della fattispecie e la definizione dei suoi contorni (¹⁹¹).

Se è vero, dunque, che per aprire una procedura principale in un determinato Stato membro potrebbe essere sufficiente la sussistenza di una crisi meno grave o non perfettamente corrispondente all'insolvenza di cui all'art. 5 l. fall., è altrettanto vero che i giudici di un diverso Stato membro potranno successivamente aprire, nei luoghi ove lo stesso imprenditore possieda delle dipendenze, una o più procedure secondarie. Vale a dire, procedure che:

b1) hanno finalità *ex lege* di liquidazione (¹⁹²);

b2) possono (e, a quanto pare, devono) essere aperte senza riesaminare l'insolvenza del debitore (*rectius*: il presupposto oggettivo della procedura concorsuale locale) (¹⁹³);

b3) devono corrispondere necessariamente a quelle elencate nell'Allegato B (¹⁹⁴);

(¹⁹¹) In questi termini: I. QUEIROLO, *L'insolvenza transnazionale: il Regolamento (CE) 1346/2000 e la disciplina italiana*, cit., p. 813. Nello stesso senso A. MAZZONI, *Soluzioni concordatarie: interferenze con il diritto societario, processuale e del mercato finanziario*, in *La riforma della legge fallimentare*, a cura di S. FORTUNATO, G. GIANNELLI, F. GUERRERA e M. PERRINO, Milano, 2011, p. 140 e p. 141, il quale sottolinea come, in tal modo, venga esaltato il ruolo strategico del *comi*, soprattutto nelle operazioni di riorganizzazione dei gruppi societari; F. CORSINI, *Profili transnazionali*, cit., p. 167; C. SENNI, *op. cit.*, p. 1356, secondo cui resta riservata alla legge nazionale dello Stato di apertura la disciplina dei presupposti oggettivi e soggettivi della procedura. Nel senso che la nozione di insolvenza utilizzata nel Regolamento “*evoca l'idea di una crisi dell'impresa*” v. L. FUMAGALLI, *op. cit.*, p. 684. Nel senso che non è possibile una interpretazione uniforme e generalizzata dei criteri di cui all'art. 1, par. 1, v. anche B. WESSELS, *EU Insolvency Regulation*, cit., p. 302.

(¹⁹²) Cfr. art. 3, par. 2, e art. 3, par. 3, Regolamento. Inoltre, ai sensi dell'art. 2, lett. c), le “*Procedure di liquidazione*” – nella versione inglese “*winding-up proceedings*” – sono quelle di cui all'art. 2, lett. a), che comportano la liquidazione dei beni del debitore, anche se chiuse in seguito ad un concordato o ad altra misura che ponga fine all'insolvenza o a causa di insufficienza dell'attivo; anche di siffatte procedure il Regolamento fornisce un elenco che figura nell'allegato B (v. nota n. 180). P. LASCARO, *Brevi considerazioni sul Regolamento CE n. 1346/2000 in tema di insolvenza transfrontaliera*, in *Dir. fall.*, 2004, I, p. 1327, ha evidenziato la difficoltà di gestire la coesistenza di una procedura risanatoria (Allegato A) ed una liquidatoria secondaria (Allegato B).

(¹⁹³) Cfr. art. 27, Regolamento. Sul punto v. V. PROTO, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza e il sistema italiano nell'applicazione giurisprudenziale*, in *Fallimento*, 2009, 8, il quale chiarisce che l'apertura di una procedura secondaria “*non richiede che si accerti lo stato di insolvenza del debitore, valendo in tal caso l'accertamento giudiziale già intervenuto per avviare la procedura principale*”; E. RICCI, *Le procedure locali previste nel Regolamento CE n. 1346/2000*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 912, secondo cui “*il presupposto dell'insolvenza è sostituito, come premessa dell'apertura del fallimento o della liquidazione coatta amministrativa, da un preciso fatto storico: l'avvenuta apertura della procedura principale*”.

(¹⁹⁴) Per l'Italia attualmente, in virtù delle modifiche introdotte con Regolamento CE n. 681/2007: fallimento, liquidazione coatta amministrativa, concordato preventivo con cessione dei beni, amministrazione straordinaria con programma di cessione dei complessi aziendali, amministrazione straordinaria con programma di ristrutturazione di cui sia parte integrante un concordato con cessione dei beni.

b4) sono subordinate nell'Unione europea alle procedure principali.

Non va tralasciato, però, un importante e significativo dettaglio. Le procedure locali secondarie, quand'anche aperte su iniziativa del curatore di una procedura principale, continuano ad essere regolate dalle discipline nazionali che le hanno predisposte, associandole, in particolare, all'esistenza e all'accertamento di determinati presupposti oggettivi (oltre che soggettivi). In questo quadro, il mancato accertamento degli specifici presupposti richiesti dalle leggi nazionali potrebbe generare un cortocircuito con la disciplina europea, sebbene proprio quest'ultima, come si è detto, abbia consapevolmente affidato alle prime il compito di individuare, tra l'altro, presupposti ed effetti della procedura (cfr. art. 4).

In concreto, è possibile che siano aperte, allo stesso tempo, una procedura principale straniera, fondata su un presupposto oggettivo diverso o meno grave della nostra insolvenza, ed una procedura secondaria italiana, che, al contrario, presuppone la sussistenza e l'accertamento del vero e proprio stato di insolvenza ex art. 5 l. fall.

Ciò potrebbe avvenire, ad esempio, qualora in Italia sia dichiarato un fallimento, con il ruolo di procedura locale secondaria. In questo caso, come si diceva poc'anzi, non pare sia necessario un nuovo accertamento del presupposto oggettivo ⁽¹⁹⁵⁾. L'art. 27 del Regolamento, in effetti, afferma a chiare lettere che l'apertura di una procedura locale secondaria può avvenire senza che sia esaminata nuovamente l'insolvenza del debitore, ossia (a quanto pare) senza che neppure quest'ultimo abbia la possibilità di contestarne l'esistenza ⁽¹⁹⁶⁾. L'apertura di una procedura secondaria, inoltre, sembrerebbe ulteriormente favorita dal fatto che, anche a prescindere da ogni iniziativa di provenienza interna, tra i soggetti legittimati ad assumere l'iniziativa figura, al primo posto, il *liquidator* della procedura principale straniera (cfr. art. 29, par. 1, lett. a); nonché *considerando* n. 19).

⁽¹⁹⁵⁾ M. SCIUTO, *Crisi dell'impresa e crisi della sovranità*, cit., p. 430, parla in proposito di una presunzione *iuris et de iure* dell'esistenza di uno stato di insolvenza, già precedentemente accertato in funzione dell'apertura della procedura principale.

⁽¹⁹⁶⁾ Che lo stesso concetto di insolvenza risulti in qualche modo influenzato dalla disciplina comunitaria è testimoniato da D. GALLETI, *L'insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 546, nt. 2, si chiede: "(...) è insolvente chi non è in grado di pagare ma sul territorio di uno Stato UE diverso da quello dove si accerta il requisito?".

Pertanto, dall'applicazione del Regolamento potrebbe discendere, nel nostro ordinamento, la fallibilità di un imprenditore commerciale non insolvente ai sensi dell'art. 5 l. fall., perché in preda ad uno *stato di crisi* di più lieve intensità, già accertato, senza possibilità di contestazioni interne, dal giudice di un altro Stato membro con la decisione di apertura della procedura principale. Allo stesso modo, peraltro, in qualunque altro Stato membro potrebbe essere aperta una procedura secondaria, senza che il giudice straniero possa (ri)valutare il tipo di crisi in cui versa il debitore, sul presupposto che in Italia è stata già aperta una procedura principale, che però dall'insolvenza può anche prescindere (si pensi alla liquidazione coatta amministrativa) ⁽¹⁹⁷⁾.

E' quasi superfluo osservare che siffatta evenienza altererebbe non poco l'equilibrio interno delle nostre procedure concorsuali ⁽¹⁹⁸⁾. L'apertura del fallimento, sia pure in veste di procedura locale secondaria finalizzata alla tutela di interessi locali meritevoli di protezione, esporrebbe comunque il fallito non realmente insolvente all'applicazione, tra l'altro, della rudimentale disciplina dei reati fallimentari. La sussistenza e l'accertamento dello stato di insolvenza costituiscono, in effetti, presupposto logico della dichiarazione di fallimento di cui parlano gli artt. 216, 217, 223, 224, 226, 227 l. fall., oltretutto della legittimazione del curatore all'esercizio delle azioni di responsabilità di cui all'art. 146 l. fall.

Pare, a questo punto, ragionevolmente condivisibile l'allarme già lanciato in dottrina circa la possibilità che la pluralità di procedure concorsuali determini la duplicazione delle incriminazioni penali per reati concorsuali ⁽¹⁹⁹⁾. Il che, peraltro,

⁽¹⁹⁷⁾ Sul punto v. R. CAPONI, *Il Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Foro it.*, 2002, V, c. 221, nt. 7.

⁽¹⁹⁸⁾ Del conflitto tra gli effetti della procedura principale e quelli della procedura secondaria si è occupato E. RICCI, *Le procedure locali previste nel Regolamento CE n. 1346/2000*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 908.

⁽¹⁹⁹⁾ Il riferimento è a G. MONTELLA, *La procedura secondaria: un rimedio contro il forum shopping del debitore nel Regolamento CE n. 1346/2000*, in *Fallimento*, 2009, p. 1303, il quale, tra l'altro, osserva che il tema dei riflessi penalistici di una pluralità di procedure in diversi Stati, legate però ad un'unica insolvenza, costituisce una *terra incognita* (il corsivo è utilizzato dall'Autore). Ma v. anche D. GALLETTI, *op. loc. ult. cit.*, il quale si chiede: “(...) *come può rispondere di bancarotta chi ha commesso atti distrattivi o dissipativi su di un territorio in cui i mezzi patrimoniali di cui disponeva erano sufficienti ad assicurare pagamenti regolari?*”; E. RICCI, *Procedure locali*, cit., p. 914, il quale non nutre dubbi “*sulla non applicabilità alle procedure locali secondarie delle norme penali, che configurano l'accertamento dell'insolvenza da parte dell'autorità giudiziaria come elemento costitutivo della fattispecie di un reato o come condizione di punibilità*”.

conferma l'urgenza, già autorevolmente rilevata ⁽²⁰⁰⁾, di una riforma dell'anacronistica disciplina dei reati fallimentari, che tenga conto, aggiungiamo in questa sede, anche dei risvolti transnazionali delle crisi d'impresa.

In attesa delle ennesime quanto necessarie modifiche della legge fallimentare ⁽²⁰¹⁾, punto di partenza e di parziale riequilibrio dei rapporti tra disciplina nazionale ed europea, almeno sotto il profilo schiettamente applicativo, potrebbe essere rappresentato dal maggiore utilizzo del concordato preventivo, anche in virtù della rinnovata considerazione che lo stesso Regolamento mostra verso le sue possibili finalità liquidatorie.

Il concordato preventivo, come è noto, non si presta a sole finalità di riorganizzazione, essendo eventualmente adattabile anche a logiche di liquidazione alternativa rispetto a quelle del fallimento ⁽²⁰²⁾.

Di tali aspetti, le recenti modifiche del Regolamento sembrano aver tenuto conto ⁽²⁰³⁾. Non a caso, l'elenco delle procedure di liquidazione di cui all'Allegato B, nella sua attuale formulazione, contempla anche il concordato preventivo con cessione dei beni ⁽²⁰⁴⁾, a dimostrazione di una maggiore sintonia della disciplina comunitaria con il *favor* avvertito a livello planetario per le soluzioni concordate alle crisi d'impresa ⁽²⁰⁵⁾.

⁽²⁰⁰⁾ A. BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, cit., p. 223; F. VASSALLI, *La disciplina penalistica delle crisi d'impresa*, in *Trattato di diritto fallimentare. Gli organi. Gli effetti. La disciplina penalistica*, a cura di V. BUONOCORE e A. BASSI, vol. II, Padova, 2010, p. 681.

⁽²⁰¹⁾ V. da ultimo d. l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito con modificazioni in l. 30 luglio 2010, n. 122, che ha introdotto il nuovo art. 217-bis l. fall. e previsto alcune esenzioni dai reati di bancarotta (art. 216, co. 3, e art. 217 l. fall.) per i pagamenti e le operazioni compiuti in esecuzione di un concordato preventivo di cui all'articolo 160 o di un accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ai sensi dell'articolo 182-bis ovvero del piano di cui all'articolo 67, co. 3, lett. d).

⁽²⁰²⁾ Il tema del concordato preventivo con funzione esclusivamente liquidatoria è affrontato da G. FAUCEGLIA, *Incertezze valutative in tema di nuovo concordato preventivo tra risentimento dei Giudici e incertezze del legislatore*, in *Dir. fall.*, 2006, II, 152 ss. Sul punto v. anche G. RACUGNO, *Gli obiettivi del concordato preventivo, lo stato di crisi e la fattibilità del piano*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 897; Id., *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione e transazione fiscale*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da V. BUONOCORE e A. BASSI, Padova, 2010, vol. I, pp. 470 ss. Nel senso che anche gli accordi di ristrutturazione dei debiti possono assolvere funzione liquidatoria v. M. FABIANI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla reorganization*, in *Foro it.*, 2006, I, c. 265; L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2007, p. 348.

⁽²⁰³⁾ v. Regolamento del Consiglio CE, 13 giugno 2007, n. 681/2007.

⁽²⁰⁴⁾ Per le altre procedure di liquidazione dell'Allegato B, v. *supra*, nt. 194.

⁽²⁰⁵⁾ Sulla riforma delle procedure concorsuali italiane e sulla crescente privatizzazione della gestione delle moderne crisi d'impresa: L. STANGHELLINI, *Le crisi d'impresa fra diritto ed economia*, Bologna, 2007, in particolare, 177 e ss., 241 e ss.; A. NIGRO, «Privatizzazione» delle procedure concorsuali e ruolo delle banche, in AA. VV., *Le soluzioni concordate delle crisi d'impresa*, Torino, 2007; E. FRASCAROLI SANTI, *Crisi di impresa e soluzioni stragiudiziali*, in

In quest'ottica, la finalità, anch'essa liquidatoria, impressa *ex lege* alle procedure locali secondarie ⁽²⁰⁶⁾, potrebbe essere perseguita, in assenza di una reale situazione d'insolvenza, di concerto con i creditori per mezzo di soluzioni alternative al fallimento esplicitamente contemplate. Un ruolo di primo piano assumerebbe, in questo caso, il *liquidator* della procedura principale, in qualità di soggetto legittimato a richiedere l'apertura della procedura secondaria ⁽²⁰⁷⁾. Nondimeno, tale ultima impostazione consentirebbe di attutire, almeno in parte, i danni collaterali che potrebbero scaturire dall'applicazione della disciplina penalistica contenuta nella legge fallimentare all'imprenditore fallito non insolvente ⁽²⁰⁸⁾.

A ciò si aggiunga, infine, che l'accertamento dello stato d'insolvenza *ex art. 5 l. fall.* sembra rilevante, oltre che per la dichiarazione di fallimento, anche per l'esercizio delle azioni volte a colpire gli atti pregiudizievoli per i creditori, eventualmente compiuti dal debitore prima dell'apertura della procedura (artt. 64-67 l. fall.). A tal riguardo, è stato autorevolmente affermato che *“l'insolvenza, una volta accertata dal tribunale con la sentenza dichiarativa, si diffonde come un'ombra funesta sul periodo sospetto, e si presume esistente in tale periodo senza possibilità di prova contraria”* ⁽²⁰⁹⁾. L'accoglimento della domanda giudiziale proposta dal curatore *ex art. 67 l. fall.*, in particolare, presuppone che

Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia, a cura di F. GALGANO, Milano, 2005; S. AMBROSINI E P.G. DE MARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2005; A. JORIO, *Le crisi d'impresa. Il fallimento*, in *Trattato di diritto privato*, a cura di JUDICA e ZATTI, Milano, 2000, pp. 244 ss.; F. FIMMANÒ, *Le prospettive di riforma del diritto delle imprese in crisi tra informazione, mercato e riallocazione dei valori aziendali*, in *Fallimento*, 2004, pp. 459 ss.; A. GAMBINO, *Le procedure concorsuali minori: prospettive di riforma e la rinnovata amministrazione straordinaria*, in *Fallimento*, 2000, pp. 5 ss.

⁽²⁰⁶⁾ Sulle procedure locali secondarie v. *infra*, cap. II, par. 1.2. E' opportuno, però, ricordare che dell'utilizzo delle procedure secondarie a garanzia di una più efficace gestione e liquidazione dell'attivo parlano esplicitamente il *considerando* n. 19 e il *considerando* n. 20 Regolamento.

⁽²⁰⁷⁾ Non è revocabile in dubbio che il curatore della procedura principale sia legittimato a richiedere l'apertura di una procedura secondaria, e, pertanto, anche del concordato preventivo indicato dall'Allegato B, qualora il debitore abbia una dipendenza in Italia. Sulle possibili conseguenze che il Regolamento ha prodotto nel nostro diritto fallimentare, con specifico riferimento ai soggetti legittimati a richiedere l'apertura di determinate procedure concorsuali v. *infra*, cap. II, part. 1.3.

⁽²⁰⁸⁾ Non può essere trascurata la previsione dell'art. 236, co. 2, n. 1, l. fall., secondo cui, nel caso di concordato preventivo, le disposizioni degli artt. 223 e 224 l. fall. si applicano agli amministratori, direttori generali, sindaci e liquidatori della società (c.d. bancarotta impropria). Cionondimeno, deve essere rilevato che, dopo la riforma: *i)* è venuto meno quell'automatismo tra concordato preventivo e fallimento che giustificava il disposto dell'art. 236, co. 2, n. 1, l. fall.; *ii)* la norma, peraltro, dovrebbe trovare applicazione per i fatti di bancarotta connessi al vero e proprio dissesto e non al mero stato di crisi (non degenerato in stato di insolvenza).

⁽²⁰⁹⁾ A. BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, cit., p. 58

sia raggiunta la prova della *scientia decoctionis* a carico del convenuto in revocatoria, ossia, la prova della conoscenza dello stato d'insolvenza in cui versava l'imprenditore fallito.

Ebbene, anche a prescindere da tutti i dubbi inerenti alla natura e alla funzione della revocatoria fallimentare ⁽²¹⁰⁾, così come agli indizi da cui desumere la prova dell'effettiva *scientia decoctionis* in capo ai terzi, è evidente che l'azione ex art. 67 l. fall. si fonda pur sempre sull'accertamento dell'insolvenza compiuto dal tribunale in sede di istruttoria prefallimentare. Accertamento che, nell'ipotesi di apertura del fallimento "secondario", potrebbe del tutto mancare. Così come potrebbe mancare lo stesso stato d'insolvenza cui fa riferimento l'art. 5 l. fall. Sicché, in questo caso, non sussistendo dubbi circa la possibilità del curatore del fallimento "secondario" di esercitare la revocatoria fallimentare ⁽²¹¹⁾, potrebbero aversi conseguenze paradossali: la prova da cui dipende l'esito vittorioso dell'azione, infatti, dovrebbe avere ad oggetto la conoscenza dello stato d'insolvenza dell'imprenditore non insolvente ex art. 5 l. fall., perché in preda ad una diversa situazione di crisi, non necessariamente percepita come tale all'esterno ed accertata, peraltro, dal giudice di un differente Stato membro con la decisione – automaticamente riconosciuta – di apertura della procedura principale ⁽²¹²⁾.

⁽²¹⁰⁾ Su cui da ultimo v. Cass., 8 marzo 2010, n. 5505, secondo cui, la revoca dell'atto a titolo oneroso compiuto nell'anno precedente la dichiarazione di fallimento ex art. 67, co. 2, l. fall., "*non è subordinata alla ricorrenza di un danno concreto per la massa, poiché il danno è in re ipsa e presunto in via assoluta, consistendo nella pura e semplice lesione della par condicio creditorum, ricollegabile all'uscita in sé del bene dalla massa, conseguente all'atto di disposizione*", in *Fallimento*, 2010, pp. 930 ss., con nota di G. TARZIA, *La «funzione redistributiva» ed il «danno» nella revocatoria fallimentare*; nonché Cass., 26 febbraio 2010, n. 4785, *ibidem*, pp. 931 ss. Entrambe richiamano la più nota Cass., Sez. Un., 18 marzo 2006, n. 7028, in *Foro it.*, 2006, I, 1718, con nota di M. FABIANI; in *Fallimento*, 2006, pp. 1133 ss., con nota di A. PATTI; in *Giur. it.*, 2006, pp. 1627 ss., con nota di F. IOZZO, secondo cui "*il presupposto oggettivo della revocatoria (...) si correla non alla nozione di danno quale emerge dagli istituti ordinari dell'ordinamento bensì alla specialità del sistema fallimentare, ispirato all'attuazione del principio della par condicio creditorum, per cui il danno consiste nel puro e semplice fatto della lesione di detto principio, ricollegata, con presunzione legale assoluta, al compimento dell'atto vietato nel periodo indicato dal legislatore*". E' calzante però l'osservazione di M. FABIANI, *Le trasformazioni della legge fallimentare*, in *Foro it.*, 2005, V, c. 153, secondo cui la legge fallimentare riformata, "*anziché prendere posizione con norme chiare, sembra lasciare aperto il dilemma sulla natura e sulla funzione dell'azione revocatoria fallimentare*".

⁽²¹¹⁾ Cfr. art. 18, par. 2, Regolamento. Sul punto, nello stesso senso v. F. CORSINI, *Profili transnazionali*, cit., p. 252.

⁽²¹²⁾ Sul punto v. la soluzione proposta da S. VINCRE, *Il regolamento CE sulle procedure di insolvenza e il diritto italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 240, secondo il quale, quando si voglia iniziare un'azione civile (o penale) che presuppone l'insolvenza del debitore o la conoscenza di tale stato, occorrerebbe procedere ad una autonoma verifica di tale presupposto; nello stesso senso v. E. RICCI, *Le procedure locali*, cit., p. 913, il quale esamina anche il problema dell'accertamento

4.1.- La possibile integrazione del contenuto degli allegati e il problema degli accordi di ristrutturazione dei debiti *ex art. 182-bis. l. fall.*, ovvero le nuove potenzialità del concordato preventivo.

Le disposizioni iniziali del Regolamento (art. 1, par. 1), come abbiamo visto, individuano in astratto i requisiti che una procedura deve possedere perché rientri nel suo campo di applicazione. Allo stesso tempo, però, non pare che la disciplina comunitaria lasci agli interpreti la facoltà di scegliere in concreto se una determinata procedura sia o meno conforme a tali previsioni ⁽²¹³⁾.

L'apparente tassatività degli elenchi delle procedure, sia di *insolvenza* (art. 2, lett. a, Allegato A) che di *liquidazione* (art. 2, lett. c, Allegato B), ascrivibili all'alveo applicativo del Regolamento, giustifica pertanto gli interrogativi sorti in dottrina circa la reale funzione delle prescrizioni dell'art. 1, par. 1 ⁽²¹⁴⁾.

Si tratta, in altri termini, di chiarire la relazione tra i presupposti applicativi ivi indicati e il contenuto stesso degli allegati, tenendo anche conto del fatto che questi ultimi possono essere modificati dal Consiglio a maggioranza qualificata, su iniziativa di uno Stato membro o su proposta della Commissione (art. 45).

A guardar meglio, nello stesso Allegato A, tra le *procedure di insolvenza* italiane figurano procedimenti che non necessariamente soddisfano i quattro requisiti summenzionati ⁽²¹⁵⁾.

Si è in proposito sostenuto che la vera funzione della previsione astratta sarebbe da valutare in prospettiva ⁽²¹⁶⁾: vale a dire che di essa dovrebbe tenersi

dello stato di insolvenza nella liquidazione coatta amministrativa. In senso contrario pare orientato F. CORSINI, *Profili transnazionali*, cit., p. 254 e p. 255, secondo cui “*non sussiste (...) la necessità di un nuovo giudizio sull’insolvenza all’interno del procedimento revocatorio avviato nell’ambito di una procedura locale secondaria, non avendo la dipendenza né una propria soggettività giuridica, né un proprio patrimonio*”.

⁽²¹³⁾ In questo senso, in dottrina, v. P. DE CESARI, *Disposizioni generali*, in *Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, cit., p. 82. Cfr. anche il considerando n. 9, secondo cui “*Le procedure di insolvenza cui si applica il presente regolamento sono elencate negli allegati*”. Nel senso che le procedure indicate negli allegati A e B “*are listed exhaustively*” v. K. PANNEN, *sub Art. 1*, in *European Insolvency Regulation*, K. PANNEN (ed.), Berlin, 2007, p. 24 e p. 25.

⁽²¹⁴⁾ Nello stesso senso v. G. OLIVIERI, *Il Regolamento*, cit.

⁽²¹⁵⁾ In relazione al vecchio elenco delle procedure di insolvenza contenute nell’Allegato A, v. C. PUNZI, *Il regolamento*, cit., p. 1009, il quale osserva che “*l’amministrazione controllata non presuppone lo stato di insolvenza, né comporta lo spossessamento del debitore e il conseguente affidamento della gestione del patrimonio ad un curatore amministratore; il concordato preventivo, pur presupponendo lo stato di insolvenza dell’imprenditore, non determina lo spossessamento e non attribuisce all’organo commissariale il potere di amministrazione*”. Sul punto v. anche S. DI AMATO, *Le procedure di insolvenza*, cit., p. 697.

conto soprattutto per l'inserimento di nuove procedure concorsuali eventualmente predisposte dalle leggi nazionali dopo l'entrata in vigore del Regolamento. Così ragionando, in sede di modifica *ex art. 45*, i requisiti di cui all'art. 1, par. 1, rappresenterebbero un vincolo per i proponenti, oltreché un parametro di riferimento certo per il Consiglio.

Resta tuttavia il dubbio se, in un determinato momento storico ed in assenza di formali variazioni, pur senza svalutare il ruolo attribuito agli Allegati, le procedure soggette al Regolamento debbano essere solo ed esclusivamente quelle ivi contemplate ⁽²¹⁷⁾. Va detto infatti che agli elenchi di procedure contenuti negli Allegati A e B la dottrina ha talvolta riconosciuto la natura di cataloghi aperti, suscettibili di essere integrati con procedure diverse che, pur non espressamente menzionate, presentino i requisiti posti dall'art. 1, par. 1 ⁽²¹⁸⁾. Se così non fosse, si correrebbe il rischio di sottrarre alla disciplina comunitaria tutte le procedure concorsuali introdotte *ex novo*, che, pur conformi alle previsioni dell'art. 1, par. 1, non risultino ancora incluse negli allegati ⁽²¹⁹⁾.

Con specifico riferimento al nostro ordinamento, il problema si è posto, in primo luogo, per le “*Misure urgenti per la ristrutturazione industriale delle grandi imprese in stato di insolvenza*” (c.d. decreto Marzano) ⁽²²⁰⁾, disciplina

⁽²¹⁶⁾ P. DE CESARI, *Diritto internazionale privato e processuale comunitario*, cit., p. 175. Nel senso che l'art. 1 par. 1 sarebbe, all'atto pratico, spogliato di contenuto, v. S. GIOVANNINI, *Apertura di una procedura principale di insolvenza ed efficacia del divieto delle azioni esecutive individuali nello spazio giudiziario europeo: la Corte di Giustizia esalta il ruolo della lex fori concursus*, in *Int'l lis*, 2010, p. 75, nt. 3; nello stesso senso, S.M. CARBONE, *Il Regolamento (CE)*, cit., p. 100, nt. 18.

⁽²¹⁷⁾ Secondo L. FUMAGALLI, *op. loc. ult. cit.*, i requisiti dell'art. 1 par. 1 sono condizioni necessarie ma non sufficienti per l'applicazione del Regolamento: questa, infatti, è subordinata soprattutto all'inclusione della procedura nell'allegato A. Si veda in proposito anche il Regolamento del Consiglio del 24 luglio 2008 n. 788/2008, che, oltre a modificare gli Allegati A e B, li ha “*codificati*” unitamente all'allegato C; nel preambolo si può leggere che: (punto 1) “*Gli allegati (...) elencano le denominazioni date nella legislazione nazionale degli Stati membri alle procedure e ai curatori cui si applica il regolamento. L'allegato A elenca le procedure di insolvenza di cui all'articolo 2, lettera a), di tale regolamento. L'allegato B elenca le procedure di liquidazione di cui all'articolo 2, lettera c), di tale regolamento e l'allegato C elenca i curatori di cui all'articolo 2, lettera b), di tale regolamento*”; (punto 3) “*(...) si dovrebbe procedere ad una codificazione degli allegati A, B e C di tale regolamento, per offrire la necessaria certezza del diritto a tutti i soggetti coinvolti in procedure di insolvenza contemplate da tale regolamento*”. Sul punto v. anche B. WESSELS, *EU Regulation Insolvency*, cit., p. 302.

⁽²¹⁸⁾ In questo senso v. F. CORSINI, *Profili transnazionali dell'azione revocatoria fallimentare*, Torino, 2010, p. 167, il quale sottolinea anche l'opportunità di “*evitare pericolose cristallizzazioni normative*”; P. LASCARO, *Brevi considerazioni sul regolamento CE n. 1346/2000*, cit., p. 1326 e p. 1327; P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Le procedure di insolvenza*, cit., p. 92 ss.

⁽²¹⁹⁾ F. CORSINI, *Profili transnazionali*, cit., p. 167

⁽²²⁰⁾ D. l. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito in l. 18 febbraio 2004, n. 39, seguito dal d. l. 3 maggio 2004, n. 119, a sua volta convertito con l. 5 luglio, n. 166, poi ulteriormente modificato, in

introdotta in via di urgenza per il governo dell'insolvenza che ha colpito il gruppo italiano *Parmalat*. Di tale nuova procedura, infatti, nessuno degli Allegati fa espressa menzione. Ciononostante, anche a dispetto della grande attenzione suscitata a livello planetario dalle numerose pronunce legate alla vicenda *Eurofood*, nessuno ha mai dubitato del fatto che essa ricadesse nell'ambito di applicazione del Regolamento. Al contrario, dando per scontata tale ultima circostanza, anche in virtù di specifici riferimenti alla vera e propria procedura di amministrazione straordinaria contenuti nello stesso decreto Marzano ⁽²²¹⁾, in giurisprudenza ⁽²²²⁾ sono state affrontate questioni ad essa logicamente susseguenti, come quelle concernenti la natura del provvedimento di apertura, nonché del soggetto legittimato ad adottarlo.

A tal riguardo, si è in particolare affermato che:

a1) il Ministro delle attività produttive, quando emana il decreto di apertura di una procedura (appunto) di “*amministrazione straordinaria*”, deve considerarsi “*giudice*” ai sensi dell’art. 2, lett. d), del Regolamento ⁽²²³⁾;

a2) il suddetto decreto costituisce una “*decisione di apertura*” della procedura, ai sensi dell’art. 2, lett. e), del Regolamento ⁽²²⁴⁾.

Riguardo alla prima statuizione, va anche detto che lo stesso Regolamento invita ad accogliere un’interpretazione ampia del termine “*giudice*”, sì da

virtù del cd. il caso *Alitalia*, dal d. l. 28 agosto 2008, n. 134, convertito in l. 27 ottobre 2008, n. 166, con l’intento di predisporre norme utili al governo dell’insolvenza di grandi imprese operanti nel settore dei servizi pubblici essenziali, in crisi non solo finanziaria, ma anche di tipo industriale, nonché al fine di garantire la continuità nella prestazione degli stessi servizi. Sul decreto *Alitalia* v. D. MANENTE, *Dalla “legge Marzano” al d. l. n. 134/2008: note minime sulle modifiche alla procedura di ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza nel caso “Alitalia”*, in *Dir. fall.*, 2008, II, pp. 516 ss. (nota a Trib. Roma, 5 settembre 2008).

⁽²²¹⁾ Per gli espliciti riferimenti al d. lgs. 8 luglio 1999, n. 270 (amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza - cd. decreto Prodi-*bis*), cfr. decreto Marzano: i) art. 1, che prevede tra l’altro l’applicabilità della procedura alle imprese soggette alle disposizioni sul fallimento in stato di insolvenza, le quali intendano avvalersi della procedura di ristrutturazione economica e finanziaria di cui all’art. 27, co. 2, decreto Prodi-*bis*, ovvero del programma di cessione dei complessi aziendali, di cui all’art. 27, co. 2, lett. a) dello stesso decreto Prodi-*bis*; ii) art. 2, eloquentemente rubricato “*ammissione immediata all’amministrazione straordinaria*”; iii) art. 3, co. 3, dove si parla di “*ammissione alla procedura di amministrazione straordinaria di altre imprese del gruppo*”.

⁽²²²⁾ Consiglio di Stato, 25 gennaio 2007, n. 269, in *Fallimento*, 2007, pp. 259 ss., con nota di P. DE CESARI e G. MONTELLA.

⁽²²³⁾ Ai sensi dell’art. 2, lett. d), Regolamento, per “*giudice*” deve intendersi l’organo giudiziario o qualsiasi altra competente (autorità) di uno Stato membro legittimata ad aprire una procedura d’insolvenza o a prendere decisioni nel corso di questa.

⁽²²⁴⁾ Ai sensi dell’art. 2, lett. e), Regolamento, per “*decisione*” di apertura, deve intendersi la decisione di qualsiasi giudice competente a aprire tale procedura o a nominare un curatore.

ricomprensione tutte le persone o gli organi legittimati dalla legge nazionale ad aprire procedure d'insolvenza, giacché queste ultime non richiedono necessariamente l'intervento di un'autorità giudiziaria ⁽²²⁵⁾. Si tratterebbe, come la dottrina ha evidenziato, di una *nozione autonoma di diritto comunitario*, che trova la sua origine, da un lato, nella mancanza di espressi richiami ai diritti nazionali degli Stati membri, dall'altro, nella necessità di fornirne una interpretazione da essi indipendente ⁽²²⁶⁾.

Il caso *Eurofood*, pertanto, sembrerebbe aprire uno spiraglio alla possibilità che anche procedure non espressamente menzionate, purché conformi alle disposizioni dell'art. 1, par. 1, possano essere ascritte all'ambito applicativo del Regolamento.

Va anche detto però che in dottrina, pur senza negare i molteplici profili di differenziazione tra l'amministrazione straordinaria *speciale* del decreto Marzano e quella *comune* del precedente decreto Prodi-bis, si tende a ricondurre la prima all'interno del quadro normativo delineato con la seconda, di cui essa rappresenterebbe solo una variante ⁽²²⁷⁾. Inoltre, a livello comunitario, la Corte di Giustizia sembra propendere per l'orientamento che identifica l'ambito applicativo del Regolamento con l'elenco tassativo delle procedure di insolvenza fornito dall'Allegato A ⁽²²⁸⁾.

Ad ogni modo, per quanto in questa sede rileva, l'amministrazione straordinaria speciale introdotta con il decreto Marzano si pone come procedura che:

⁽²²⁵⁾ Cfr. *considerando* n. 10, prima parte.

⁽²²⁶⁾ In questo senso P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Il "giudice" nel Regolamento 1346/2000: una nuova nozione autonoma di diritto comunitario*, in *Fallimento*, 2007, p. 265, i quali (v. in particolare nota n. 8), sostengono che altre nozioni autonome di diritto comunitario sarebbero quelle di "procedure di insolvenza", "decisione di apertura" e "società fantasma", da aggiungere a quella "centro degli interessi principali del debitore". Sul tema delle nozioni autonome di diritto comunitario v. anche P. BERTOLI, *Corte di Giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato*, Milano, 2005, pp. 426 ss. In giurisprudenza v.: Corte di giustizia CE, 7 dicembre 2006, in causa C-306/05, in *Giur. it.*, 2007, pp. 1963 ss., con nota di SAPPÀ; Corte giustizia CE, 13 luglio 2006, in causa C-4/03, in *Foro it.*, 2006, IV, c. 493, in *Int'l Lis*, 2006, pp. 119 ss., in *Riv. dir. proc.*, 2007, pp. 735 ss., con nota di L. FUMAGALLI.

⁽²²⁷⁾ In questi termini v. A. NIGRO e D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., p. 479. V. però da ultimo P. MANGANELLI, *Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari a confronto*, in *Fallimento*, 2011, p. 130, il quale chiarisce che "la legge Marzano (...) ha di fatto aggiunto un'ulteriore procedura di amministrazione straordinaria applicabile ai gruppi societari di dimensioni maggiori rispetto a quelle previste per l'accesso alla Prodi-bis".

⁽²²⁸⁾ Cfr. Corte di Giustizia CE, 21 gennaio 2010, in causa C-444/07, *MG Probub Gdynia*, reperibile in www.curia.eu, spec. punti nn. 39 e 40.

b1) si fonda sull'insolvenza del debitore (*"Le disposizioni (...) decreto si applicano alle imprese (...) in stato di insolvenza"*, art. 1, co. 1);

b2) comporta lo spossessamento del debitore e la designazione di un curatore (il decreto di apertura *"determina lo spossessamento del debitore e l'affidamento al commissario straordinario della gestione dell'impresa e dell'amministrazione dei beni dell'imprenditore insolvente"*, art. 2, co. 2-bis, che tra l'altro richiama l'art. 42 l. fall.);

b3) presenta carattere concorsuale, in linea con l'esclusione dall'applicazione della disciplina comunitaria dei mezzi di tutela accordati al singolo creditore, quand'anche implicant la liquidazione del patrimonio del debitore [*"Il tribunale (...) dichiara lo stato di insolvenza dell'impresa e assume i provvedimenti di cui all'articolo 8, comma 1, lettere a)"*, del decreto Prodi-bis (art. 4, co. 1, decreto Marzano); e dunque *"assegna ai creditori e ai terzi, che vantano diritti reali mobiliari su beni in possesso dell'imprenditore, un termine (...) per la presentazione in cancelleria delle domande"* e *"stabilisce il luogo, il giorno e l'ora dell'adunanza in cui, nel termine di trenta giorni da quello indicato nella lettera d), si procederà all'esame dello stato passivo davanti al giudice delegato"*, art. 8, lett. d) ed e), decreto Prodi-bis].

Il problema della compatibilità con i criteri applicativi del Regolamento tocca, in secondo luogo, con ulteriori e aggiuntivi profili di criticità, anche gli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall. In proposito, è quasi superfluo evidenziare i potenziali sviluppi che, in caso di insolvenze transfrontaliere, potrebbero derivare dall'inclusione o meno degli stessi nella categoria delle procedure concorsuali ⁽²²⁹⁾.

⁽²²⁹⁾ Agli accordi di ristrutturazione dei debiti sono dedicate numerose opere monografiche, tra le quali: S. AMBROSINI e P.G. DEMARCHI, *Il nuovo concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Milano, 2005; S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, 2008, vol. XI, 1, pp. 157 ss.; E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti. Un nuovo procedimento concorsuale*, Padova, 2009; G. B. NARDECCHIA, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007. Sul tema vedi anche: S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti nella nuova legge fallimentare: prime riflessioni*, in *Fallimento*, 2005, pp. 949 ss.; L. BOGGIO, *Gli accordi di ristrutturazione: il primo "tagliando" a tre anni dal "decreto competitività"*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2009, I, pp. 46 ss.; R. BONSIGNORE, *Il finanziamento all'impresa in crisi nella fase preparatoria della ristrutturazione del debito*, in *Fallimento*, 2009, pp. 37 ss.; A. CASTIELLO D'ANTONIO, *Riflessi disciplinari degli accordi di ristrutturazione e dei piani attestati*, in *Dir. fall.*, 2008, I, pp. 605 ss.; L. DE ANGELIS, *Gli accordi di ristrutturazione e le banche*, in *Società*, 2008, pp. 1462 ss.; F. DIMUNDO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: la "meno incerta" via italiana alla «reorganization»?*, in *Fallimento*, 2007, pp. 703 ss.; M. FABIANI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla «reorganization»*, in *Foro it.*, 2006, I, c. 263; G. FAUCEGLIA, *Prime osservazioni sugli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. fall.*, 2005, I, pp. 842 ss.;

L'Allegato A, nella sua versione più recente, contempla tra le *insolvency proceedings* il fallimento, il concordato preventivo, la liquidazione coatta amministrativa e l'amministrazione straordinaria, senza alcun riferimento agli accordi di ristrutturazione. Ciononostante, nel caso in cui venga negato il carattere tassativo dell'elenco, ritenendone possibile un'integrazione in via interpretativa, è alla contemporanea presenza dei quattro requisiti previsti dall'art. 1, par. 1, che bisognerebbe guardare per stabilire se una determinata procedura sia o meno soggetta alla disciplina comunitaria. Da ciò deriva, come abbiamo visto, l'applicabilità stessa del Regolamento ⁽²³⁰⁾, con tutto quello che ne consegue in termini di riconoscimento delle decisioni di apertura, individuazione della legge applicabile e coordinamento delle procedure nello spazio comunitario.

Quand'anche poi si propendesse, in ossequio al dato letterale, per l'impostazione favorevole alla tassatività dell'elencazione offerta dagli Allegati, i requisiti applicativi dell'art. 1, par. 1, rappresenterebbero pur sempre una linea guida imprescindibile in caso di modifica del Regolamento. Sicché, per l'eventuale e futuro inserimento degli accordi di ristrutturazione nell'Allegato A (o nell'Allegato B) dovrebbero essere soddisfatti comunque i quattro parametri menzionati in apertura dal Regolamento.

E' opportuno, pertanto, chiedersi se gli accordi disciplinati dall'art. 182-bis l. fall. possiedano, almeno in astratto, requisiti tali da consentire all'interprete di ricondurli alla nozione di *insolvency proceeding* fornita dal Regolamento. In altre parole, occorre verificare se gli accordi di ristrutturazione dei debiti possano

M. FERRO, *I nuovi strumenti di regolazione negoziale dell'insolvenza e la tutela giudiziaria delle intese fra debitore e creditori: storia italiana della timidezza competitiva*, in *Fallimento*, 2005, pp. 587 ss.; A. GENTILI, *Accordi di ristrutturazione e tutela dei terzi*, in *Dir. fall.*, I, 2009, pp. 633 ss.; G. GIANNELLI, *Concordato preventivo, accordi di ristrutturazione dei debiti, piani di risanamento dell'impresa nella riforma delle procedure concorsuali. Prime riflessioni*, in *Dir. fall.*, 2005, I, pp. 1156 ss.; V. GRECO, *Gli accordi di ristrutturazione come negozi fallimentari di utilità sociale*, in *Dir. fall.*, 2008, I, pp. 640 ss.; G.B. NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Fallimento*, 2008, pp. 703 ss.; ID., *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento*, 2006, pp. 670 ss.; A. PEZZANO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182 bis l. fall.: una occasione da non perdere*, in *Dir. fall.*, 2006, II, pp. 674 ss.; G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, tit. cred.*, 2006, II, pp. 16 ss.; R. PROIETTI, *I nuovi accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Dir. fall.*, 2008, II, pp. 136 ss.; G. RACUGNO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. comm.*, 2009, I, pp. 661 ss.; M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Riv. dir. civ.*, 2009, I, pp. 337 ss.; G. VERNA, *I nuovi accordi di ristrutturazione (art. 182 bis l. fall.)*, in *Dir. fall.*, 2007, I, pp. 942 ss.. Per un'accurata analisi dei risultati a cui è giunta la più recente giurisprudenza di merito v. L. MANDRIOLI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182bis l. fall.*, in *Fallimento*, 2010, pp. 610 ss.

⁽²³⁰⁾ In questo senso v. M. FABIANI, *L'ulteriore up-grade degli accordi di ristrutturazione e l'incentivo ai finanziamenti delle soluzioni concordate*, in *Fallimento*, 2010, p. 901.

essere considerati o meno: *c1)* procedure *concorsuali*, *c2)* fondate sull'*insolvenza* del debitore, *c3)* che comportino per quest'ultimo lo *spossessamento*, anche parziale, e *c4)* siano accompagnate dalla designazione di un *curatore*.

Il problema della nozione di insolvenza evocata dal Regolamento è stato già affrontato. Sicché, sotto questo punto di vista, può ben dirsi che gli accordi di ristrutturazione presuppongono (sul piano oggettivo) l'esistenza di un tipo di crisi sicuramente riconducibile al disposto dell'art. 1, par. 1.

Cionondimeno, contestualmente al debutto del nuovo istituto avvenuto nel 2005 ⁽²³¹⁾, sono sorti in dottrina anche gli interrogativi inerenti all'inquadramento sistematico degli accordi nella più ampia famiglia delle procedure concorsuali. Va anche detto, a tal riguardo, che sembra essersi progressivamente imposto l'orientamento maggioritario che, esaltando l'anima contrattuale degli accordi di ristrutturazione, tende a negarne la concorsualità ⁽²³²⁾. Non sono mancate, tuttavia, letture divergenti, che, ponendo l'accento sulle affinità con il concordato preventivo ⁽²³³⁾, ne hanno rimarcato i profili giudiziali ⁽²³⁴⁾.

⁽²³¹⁾ D. l. 14 marzo 2005, n. 35, convertito in l. 14 maggio 2005, n. 80. L'istituto è stato successivamente modificato con il d. lgs. 12 settembre 2007 n. 169, c.d. decreto correttivo; e con il d. l. 31 maggio 2010, n. 78, convertito in l. 30 luglio 2010, n. 122.

⁽²³²⁾ In questo senso v. B. INZITARI, *Nuova disciplina degli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall.*, in *www.Ilcaso.it*, II, 256/2011, p. 2, il quale rileva che "in considerazione della piena autonomia e libertà del debitore a scegliere sia i creditori con cui accordarsi, sia il contenuto dell'accordo, risulta del tutto assente quell'elemento di universalità che contraddistingue qualsiasi procedura concorsuale, che in modo diretto o indiretto investe l'intera comunità dei creditori"; M. FABIANI, «Competizione» fra processo per fallimento e accordi di ristrutturazione e altre questioni processuali, in *Fallimento*, 2010, p. 208; G. PRESTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Banca, borsa, tit. cred.*, 2006, I, pp. 16 ss.; ID., *L'art. 182-bis al primo vaglio giurisprudenziale*, in *Fallimento*, 2006, pp. 171 ss.; G.B. NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, in *Fallimento*, 2008, pp. 703, ss. S. AMBROSINI, *Il concordato preventivo e gli accordi di ristrutturazione*, cit., 172; C. PROTO, *Accordi di ristrutturazione dei debiti, tutela dei soggetti coinvolti nella crisi di impresa e ruolo del giudice*, in *Fallimento*, 2007, p. 193; M. FABIANI, *Il regolare pagamento dei creditori estranei negli accordi di cui all'art. 182 bis l. fall.*, in *Foro it.*, 2006, I, 2566; A. CASTIELLO D'ANTONIO, *Riflessi disciplinari degli accordi di ristrutturazione e dei piani attestati*, in *Dir. fall.*, 2008, I, p. 609; L. GUGLIELMUCCI, *Diritto fallimentare*, Torino, 2008, p. 336; G. RACUGNO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 663.

⁽²³³⁾ P. VALENSISE, *Commento sub art. 182-bis*, in AA. VV., *La riforma della legge fallimentare*, a cura di A. NIGRO e M. SANDULLI, Torino, 2006, vol. II, p. 1081 ss.; G. VERNA, *Sugli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis della legge fallimentare*, in *Dir. fall.*, 2005, I, pp. 865 ss.; A. PEZZANO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ex art. 182-bis legge fallimentare: una occasione da non perdere*, in *Dir. fall.*, 2006, II, pp. 678 ss. In senso contrario v. anche M. FABIANI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla «reorganization»*, op. loc. ult. cit., nota a Trib. Bari, decr., 21 novembre 2005, che comunque esclude che gli accordi costituiscano una particolare tipologia di concordato preventivo, propendendo per l'autonomia del nuovo procedimento.

⁽²³⁴⁾ Sul punto v. anche E. FRASCAROLI SANTI, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, Padova, 2009, p. 82.

Ad ogni modo, tra le ragioni addotte per escludere gli accordi dal novero delle procedure concorsuali ⁽²³⁵⁾ emergono, tra gli altri, alcuni elementi:

d1) la mancanza di una regolazione concorsuale della crisi, oltre che di meccanismi volti a garantire la tutela della parità di trattamento tra i creditori aderenti ⁽²³⁶⁾, da valutare unitamente all'assenza di falcidia a carico dei creditori estranei;

d2) le difficoltà riscontrate nel riconoscere il rango della prededucibilità, in caso di successivo fallimento, ai crediti sorti *in esecuzione* degli accordi ⁽²³⁷⁾.

Ai fini dell'inquadramento degli accordi nelle *insolvency proceedings* europee, mancherebbe poi la nomina di un curatore che ne controlli l'esecuzione, o sia del pari chiamato a gestire il patrimonio dell'imprenditore in crisi ⁽²³⁸⁾. Quest'ultimo, al contrario, non pare subisca in tal caso alcuno spossessamento, conservando la prerogativa di *dominus* dell'impresa.

E' però opportuno evidenziare, come già è stato fatto ⁽²³⁹⁾, che le ulteriori recenti modifiche che hanno interessato gli accordi di ristrutturazione finiscono per smorzare, almeno parzialmente, l'efficacia di alcune delle suddette argomentazioni.

Il d. l. 31 maggio 2010, n. 78 ⁽²⁴⁰⁾, infatti, ha introdotto nella legge fallimentare:

⁽²³⁵⁾ Efficacemente sintetizzate da M. FABIANI, *L'ulteriore up-grade*, cit., pp. 901-902.

⁽²³⁶⁾ In questo senso v. A. NIGRO e D. VATTERMOLI, *Diritto della crisi delle imprese*, cit., p. 382; M. SCIUTO, *Effetti legali e negoziali degli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., 2009, p. 347; M. FABIANI, *Accordi di ristrutturazione dei debiti: l'incerta via italiana alla «reorganization»*, cit., 266.

⁽²³⁷⁾ G. LOMBARDI, *Le recenti ristrutturazioni del debito: il caso Risanamento*, in *Corriere giuridico*, 2010, p. 684. Sul significato della espressione "*in esecuzione*", con specifico riferimento all'esenzione dall'azione revocatoria fallimentare ex art. 67, co. 3, l. fall., lett. e), v. C. D'AMBROSIO, *Le esenzioni da revocatoria nella composizione stragiudiziale della crisi di impresa*, in *Giur. comm.*, 2007, I, pp. 373-375.

⁽²³⁸⁾ Su questo punto v. G.B. NARDECCHIA, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti ed il procedimento per la dichiarazione di fallimento*, cit., p.704; B. INZITARI, *Nuova disciplina accordi di ristrutturazione*, cit., p. 2, secondo cui "*l'impostazione, la costruzione e l'itinerario negoziale seguito per il raggiungimento dell'accordo non sono dunque in nessun modo connesse alla presenza di un terzo, quale un commissario o un curatore investito di qualsiasi funzione al riguardo*".

⁽²³⁹⁾ M. FABIANI, *op. loc. ult. cit.*, ove si può leggere che "*delle procedure concorsuali gli accordi importano il divieto delle azioni esecutive e cautelari ed oggi del riconoscimento della prededuzione. Credo che questi profili possano essere letti, oggi, come due tarli insidiosi nella ricostruzione sopra proposta e che pertanto, davvero più che mai, gli accordi di ristrutturazione appaiano nella loro innaturale complessità duale*".

⁽²⁴⁰⁾ V. *supra*, nt. 231. Per un primo commento sulle novità introdotte v. S. AMBROSINI, *Appunti "flash" sull'art. 182-quater della legge fallimentare*, in www.ilcaso.it.

e1) l'art. 182-*quater*, che, al fine di agevolare le soluzioni concordate delle crisi d'impresa, incoraggia il finanziamento di tali operazioni ad opera delle banche e degli intermediari finanziari, da un lato, nonché degli stessi soci o di altre società del gruppo, dall'altro; il primo comma del nuovo articolo, in particolare, premia con la prededucibilità in caso di successivo fallimento i crediti derivanti dalla nuova finanza concessa all'impresa in crisi *in esecuzione* di un concordato preventivo ⁽²⁴¹⁾, nonché di un accordo di ristrutturazione omologato dal tribunale;

e2) nuove disposizioni in coda all'art. 182-*bis*, che contempla ora la possibilità di anticipare i benefici della sospensione delle azioni esecutive e cautelari, in precedenza connessi alla pubblicazione dell'accordo nel registro delle imprese; si tratta, in altri termini, di una sorta *automatic stay* che l'imprenditore può attivare in corso d'opera, anche prima della formalizzazione dell'accordo, depositando presso il tribunale competente *ex art. 9 l. fall.* ⁽²⁴²⁾ una semplice proposta di accordo, corredata da un'autocertificazione che attesti l'esistenza di trattative con i creditori che rappresentano almeno il sessanta per cento dei crediti, e la dichiarazione di un *professionista* circa l'idoneità della proposta, una volta accettata, ad assicurare il regolare pagamento dei creditori estranei alle trattative, o che abbiano comunque negato la propria disponibilità in tal senso; la richiesta di sospensione, anch'essa pubblicata nel registro delle imprese, impedisce da tale momento ai creditori di iniziare o proseguire azioni esecutive e cautelari, nonché di acquisire titoli di prelazione, salvo che non siano concordati ⁽²⁴³⁾.

Ebbene, il potenziamento dell'*automatic stay* sembra assottigliare, almeno in parte, le distanze tra gli accordi di ristrutturazione e le altre procedure concorsuali

⁽²⁴¹⁾ Secondo S. AMBROSINI, *Appunti "flash" sull'art. 182-quater della legge fallimentare*, cit., si deve trattare di un concordato preventivo "*non puramente liquidatorio (ché, altrimenti, l'immissione di ulteriori risorse finanziarie non avrebbe ragion d'essere)*". Prima delle ultimissime modifiche agli accordi di ristrutturazione v. anche A. BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, cit., p. 232.

⁽²⁴²⁾ Anche questa è una novità: prima della riforma, infatti, alcuni ritenevano che l'art. 9 l. fall. non fosse applicabile agli accordi di ristrutturazione dei debiti. In questo senso v. G.B. NARDECCHIA, *La protezione anticipata del patrimonio del debitore negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Fallimento*, 2011, p. 708. Sul punto v. anche G. RACUGNO, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti*, in *Giur. comm.*, 2009, I, p. 665.

⁽²⁴³⁾ Tra le prime pronunce giurisprudenziali editate si segnalano: Trib. Torino, 15 febbraio 2011, in *Fallimento*, 2011, p. 701 e Trib. Novara, 1 febbraio 2011, *ibidem*, p. 703.

(cfr. artt. 51, 168, 201 l. fall., nonché art. 48 decreto Prodi-*bis*) ⁽²⁴⁴⁾. Lo stesso potrebbe dirsi anche della prededucibilità associata ai crediti da finanziamento, sorti *in esecuzione* o *in funzione* dell'accordo di ristrutturazione dei debiti omologato ⁽²⁴⁵⁾.

Tuttavia, non pare che tali considerazioni, pur dotate d'indubbia valenza all'interno dell'ordinamento italiano, siano sufficienti a ricondurre gli accordi di ristrutturazione all'alveo applicativo del Regolamento.

All'appello mancherebbero comunque due dei quattro requisiti richiesti dall'art. 1 par. 1: lo spossessamento dell'imprenditore in stato di crisi e la nomina di un curatore ⁽²⁴⁶⁾. Quest'ultimo, in particolare, è da intendere come qualsiasi persona o organo cui è attribuita *ex lege* la funzione di amministrare o liquidare i beni dei quali il debitore è spossessato, o di sorvegliare la gestione dei suoi affari. L'elenco di tali persone e organi figura nell'Allegato C ⁽²⁴⁷⁾.

Le conseguenze pratiche dell'esclusione degli accordi di ristrutturazione *ex art. 182-bis* l. fall. dall'ambito applicativo del Regolamento non sembrano trascurabili.

Basti considerare, a tal proposito, che gli accordi di ristrutturazione sono sempre più frequentemente utilizzati in Italia come strumento di riorganizzazione alternativo al fallimento in caso di insolvenza di gruppi societari ⁽²⁴⁸⁾. In effetti,

⁽²⁴⁴⁾ Tale aspetto era già evidenziato da G.B. NARDECCHIA, *Crisi d'impresa, autonomia privata e controllo giurisdizionale*, Milano, 2007, p. 29. Sul punto v. anche ID., *La protezione anticipata del patrimonio del debitore negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 705 e p. 706, il quale evidenzia la maggiore ampiezza del divieto previsto dall'art. 182-*bis* l. fall., non solo rispetto a quello dell'art. 168 l. fall. (concordato preventivo), ma anche rispetto a quello dell'art. 51 l. fall. (fallimento).

⁽²⁴⁵⁾ In questo senso G.B. NARDECCHIA, *La protezione anticipata del patrimonio del debitore negli accordi di ristrutturazione dei debiti*, cit., p. 708; A. DIDONE, *Gli accordi di ristrutturazione dei debiti (art. 182-bis legge fallim.) (presupposti, procedimento, ed anticipazione delle misure protettive dell'impresa in crisi)*, in *Dir. fall.*, 2011, I, p. 17.

⁽²⁴⁶⁾ Cfr. in questo senso anche il *considerando* n. 10, ultima parte. Evidenzia tali circostanze anche A. PALUCHOWSKI, *L'accordo di ristrutturazione ed il controllo del tribunale nel giudizio di omologazione*, in *Fallimento*, 2011, p. 99. Sull'importanza dello spossessamento quale tratto caratterizzante tutte le *insolvency proceedings* di matrice europea v. W.W. McBRYDE, A. FLESSNER, S.C.J.J. KORTMANN, *Principles of European Insolvency Law*, 2004, Deventer, p. 4.

⁽²⁴⁷⁾ Cfr. art. 2, lett. b), Regolamento. Nella versione inglese si parla di "liquidator".

⁽²⁴⁸⁾ Sul punto v. Trib. Milano, 15 ottobre 2009, reperibile in *www.Ilcase.it*, secondo cui, agli accordi non è applicabile analogicamente l'art. 127, co. 6, l. fall., che, in tema di concordato fallimentare, esclude dal voto e dal computo delle maggioranze i crediti delle società controllanti, controllate e sottoposte a comune controllo; inoltre, i procedimenti di omologazione di accordi *ex art. 182-bis* relativi a società dello stesso gruppo possono essere riuniti qualora ciascun accordo sia espressamente condizionato al passaggio in giudicato dei decreti di omologa degli altri; Trib. Roma, 5 novembre 2009, in *www.Ilcase.it*; Trib. Milano, 10 novembre 2009, in *Fallimento*, 2010, pp. 195 ss., con nota di M. FABIANI, «Competizione» fra processo per fallimento e accordi di

alla grande duttilità dello strumento, si aggiungerebbero, sulla carta, almeno altri due vantaggi: in primo luogo, nel computo delle adesioni alla proposta, di regola, potrebbero essere conteggiate anche quelle provenienti da società che appartengono al medesimo gruppo della società ricorrente; in secondo luogo, le nuove disposizioni dell'art. 182-*quater*, co. 3, l. fall., premiano con la prededuzione, nella misura dell'ottanta per cento, i crediti derivanti finanziamenti infragruppo "anomali" (*ex artt. 2467 e 2497-quinquies c.c.*) effettuati in esecuzione dell'accordo omologato. In quest'ultimo caso, tuttavia, al credito derivante dal finanziamento corrisponde l'esclusione dal computo delle adesioni (art. 182-*quater*, co. 5, l. fall.).

Si spiega così l'opinione espressa in dottrina, secondo cui l'accordo di ristrutturazione potrebbe divenire il veicolo più immediato per l'operatività del meccanismo dei c.d. vantaggi compensativi, consentendo alle società del gruppo di volgere le proprie risorse e le proprie scelte gestionali a vantaggio del gruppo o delle diverse società del gruppo, fornendo quindi giustificazione ad atti e comportamenti che altrimenti potrebbero essere valutati come pregiudizievoli ed ingiustificati ⁽²⁴⁹⁾.

Tali punti di favore non riuscirebbero però a compensare il fatto che l'omologazione dell'accordo, ottenuta dall'imprenditore con *comi* situato in Italia, non potrebbe essere assimilata all'apertura di una procedura principale *ex art. 3*, par. 1, del Regolamento. Sicché, non operando in questo caso il principio di riconoscimento automatico della decisione, potrebbero certamente ipotizzarsi:

fl) la contemporanea apertura di una procedura locale non secondaria in altri Stati membri, all'interno dei quali sia possibile localizzare una dipendenza;

ristrutturazione e altre questioni processuali ; in *Corriere del merito*, 2010, pp. 263 ss., con nota di M. PERUGINI; Trib. Milano, 25 marzo 2010, in *Fallimento*, 2011, pp. 92 ss. Sul tema v. S. AMBROSINI, *Gli accordi di ristrutturazione nella più recente giurisprudenza romana e milanese*, in www.ilcaso.it; nonché G. LOMBARDI, *Le recenti ristrutturazioni del debito: il caso Risanamento*, cit., p. 680, nota n. 2, che fornisce alcuni dati numerici sugli accordi di ristrutturazione depositati ed omologati dal Tribunale di Milano, con la precisazione che l'incremento registrato nel 2009, è da ricollegare alla circostanza che su 25 accordi depositati ben 24 sono riconducibili ad insolvenze di gruppo.

⁽²⁴⁹⁾ Sono queste le parole utilizzate da B. INZITARI, *Nuova disciplina degli accordi di ristrutturazione*, cit., p. 8, il quale aggiunge, inoltre, che lo stato di crisi dell'intero gruppo dovrebbe rappresentare un forte elemento catalizzatore per una considerazione delle diverse società che compongono il gruppo come realtà del tutto unitaria, con la conseguenza di considerare le risorse patrimoniali ed operative delle singole società potenzialmente al servizio delle esigenze di risanamento del gruppo.

f2) l'aggressione, da parte dei creditori, di *assets* collocati fuori dal territorio nazionale.

Altri limiti all'operatività degli accordi di ristrutturazione in caso di insolvenze transfrontaliere potrebbero derivare, infine, dall'essere il tribunale competente *ex art. 182-bis* l. fall. lo stesso cui fa riferimento l'art. 9, co. 1, l. fall., ossia, quello del luogo in cui si trova la sede principale dell'impresa. Si ripropone, in tal modo, il problema, su cui si tornerà nel seguito della trattazione, dei rapporti tra il concetto italiano di *sede principale* e quello europeo di *centre of debtor's main interests*: laddove si ritenga, infatti, che essi non siano completamente sovrapponibili, nemmeno potrebbe escludersi la legittima apertura, in uno Stato membro differente, di una procedura principale ad opera del giudice che ivi ritenga situato il *comi*. E ciò nonostante l'omologazione di un accordo di ristrutturazione in Italia o il precedente deposito di una istanza *ex art. 182-bis*, co. 6, l. fall., ai fini dell'*automatic stay*. In quest'ottica, la decisione straniera di apertura della procedura principale, basata sull'accertamento del *comi*, dovrebbe essere automaticamente riconosciuta in tutti gli Stati membri, ove produrrebbe altresì tutti gli effetti previsti dalla *lex concursus*. Per contestarla, inoltre, non vi sarebbe altro modo che ricorrere agli strumenti d'impugnazione da essa specificamente contemplati.

Pertanto, è inevitabile concludere nel senso che la *reorganization* di imprese, anche di gruppo, con *comi* in Italia, passa attraverso il canale, forse meno duttile, ma a sicura vocazione transfrontaliera, del concordato preventivo. Il dato positivo è che, in linea con le intenzioni del legislatore della riforma, proprio la necessità di pervenire a soluzioni concordate munite di lasciapassare europeo potrebbe agevolare la tempestiva *disclosure* dell'imprenditore o degli amministratori, senza attendere che siano le iniziative dei creditori ad esternalizzare la crisi.

CAPITOLO II

IL MODELLO *UNIVERSAL MODIFIED* DEL REGOLAMENTO CE 1346/2000: CRITERI DI ATTUAZIONE

SOMMARIO: 1.- Criteri di distribuzione dell'*international jurisdiction* e articolazione delle procedure concorsuali nello spazio giudiziario europeo. 1.1.- *Centre of debtor's main interests*: un criterio dai contorni (sempre più) incerti 1.2.- Dipendenza e procedure locali secondarie. 1.3.- Le procedure locali indipendenti dalla procedura principale. 2.- Conflitti positivi di giurisdizione nel Regolamento: riconoscimento automatico della decisione di apertura e criterio di priorità. 2.1.- La procedura secondaria come possibile correttivo agli "errori" sulla giurisdizione: il caso *Illochroma*. 3.- Effetti del riconoscimento della decisione di apertura e delle "altre decisioni" relative allo svolgimento e alla chiusura della procedura di insolvenza. 3.1.- Il divieto di azioni esecutive individuali. 4.- Applicazione generalizzata della *lex fori concursus* e principali "eccezioni".

1.- Criteri di distribuzione della *international jurisdiction* e articolazione delle procedure concorsuali nello spazio giudiziario europeo.

La disciplina europea delle insolvenze transfrontaliere s'ispira, come abbiamo visto, al principio dell'universalità limitata.

Ne consegue che, fra le diverse procedure concorsuali che possono essere contestualmente aperte a carico dello stesso debitore, è comunque possibile identificarne una c.d. *principale*, capace di estendere i propri effetti in tutti gli altri

Stati membri e di coinvolgere tutti i beni del debitore, ovunque essi siano collocati all'interno dell'Unione europea ⁽²⁵⁰⁾.

Nondimeno, l'apertura della procedura principale non impedisce che possano essere aperte, in altri Stati membri e in presenza di determinati presupposti, procedure concorsuali di matrice territoriale c.d. *locali*, i cui effetti sono limitati ai beni situati nei singoli Stati membri di apertura ⁽²⁵¹⁾.

Vi è di più. Mentre la procedura principale potrebbe essere rivolta alla ristrutturazione del debito e al salvataggio dell'impresa in crisi, le procedure di portata territoriale sono tendenzialmente finalizzate alla liquidazione della succursale e al pagamento dei creditori.

In effetti, lo stesso Regolamento, dopo aver precisato il suo ambito di applicazione nelle disposizioni iniziali, concentra tutta l'attenzione sulla distinzione tra le procedure di diverso effetto e portata che possono essere aperte, all'interno dell'Unione, a carico dello stesso debitore; a questa logica sono senz'altro riconducibili anche le disposizioni dedicate all'individuazione della disciplina ad esse applicabile, alla selezione dei criteri giurisdizionali che ne legittimano l'apertura, nonché al coordinamento tra i provvedimenti che possono essere adottati dagli organi ad esse deputati ⁽²⁵²⁾.

A ben guardare, il modello *universal modified* del Regolamento postula, alla sua base, una razionale e, quantomeno in linea teorica, infallibile distribuzione dell'*international jurisdiction* all'interno dello spazio giuridico europeo ⁽²⁵³⁾. Dall'ordinato riparto della competenza internazionale tra i diversi fori dell'Unione dipendono, infatti, l'articolazione stessa delle procedure e il loro coordinamento,

⁽²⁵⁰⁾ Ad eccezione della Danimarca. Nel senso del testo v.: B. WESSELS, *The place of the registered office of a company: a cornerstone in the application of the EC Insolvency Regulation*, in *European Company Law*, 2006, vol. 3, issue 4, p. 183; ID., *International Jurisdiction to open insolvency proceedings in Europe, in particular against (group of) companies*, in www.iiiglobal.org, p. 4.

⁽²⁵¹⁾ Cfr. *considerando* n. 12 e art. 3 par. 2, ultima parte; nonché Corte di Giustizia CE, 17 gennaio 2006, in causa C-1/04, in *Fallimento*, 2006, pp. 907 ss.; in *Riv. dir. soc.*, 2007, pp. 56 ss., con nota di F.M. MUCCIARELLI, spec. punto n. 4. In dottrina v. E.F. RICCI, *Le procedure locali previste dal regolamento CE n. 1346/2000*, in *Giur. comm.*, 2004, I, p. 904.

⁽²⁵²⁾ L. FUMAGALLI, *Il regolamento*, cit., p. 683.

⁽²⁵³⁾ E' stato correttamente osservato che il Regolamento si preoccupa di regolare direttamente la giurisdizione dei tribunali degli Stati membri, differenziandosi, sotto questo punto di vista, dalla *Model Law Uncitral* del 1997, la quale, al contrario, si limita a individuare i presupposti in presenza dei quali il giudice di un foro dovrebbe riconoscere le procedure aperte altrove: in questo senso v. F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali*, cit., p. 207, spec. nt. 13.

la circolazione e l'automatico riconoscimento delle decisioni ad esse inerenti, nonché l'individuazione della legge concorsuale applicabile e i relativi effetti.

Si comprende agevolmente, a questo punto, il motivo per cui alle disposizioni contenute nell'art. 3 del Regolamento viene unanimemente riconosciuto il ruolo di architrave dell'intera disciplina comunitaria delle insolvenze transfrontaliere: si tratta, in effetti, del fulcro intorno al quale ruotano, sia la sua filosofia di fondo, sia la sua concreta applicazione ⁽²⁵⁴⁾.

Del resto, quello della competenza internazionale per l'apertura delle procedure d'insolvenza dovrebbe rappresentare, almeno sulla carta, uno dei pochi campi d'intervento diretto del Regolamento ⁽²⁵⁵⁾.

Ad ogni modo, il coordinamento della giurisdizione in campo fallimentare rappresenta il primo passo all'insegna dell'efficacia ed efficienza delle procedure concorsuali. Da tale obiettivo dipende, come si è detto, il buon funzionamento dello stesso mercato interno ⁽²⁵⁶⁾, quanto mai sensibile, non solo alle crisi d'impresa con implicazioni transfrontaliere ⁽²⁵⁷⁾, ma anche agli effetti connessi alle diffuse pratiche di *forum shopping*.

A tale ultimo proposito, è bene ricordare che, tra le finalità che il Regolamento si propone esplicitamente di perseguire, assume particolare rilievo quella di dissuadere le parti dal trasferire i beni o i procedimenti giudiziari da uno Stato all'altro, alla ricerca del trattamento giuridico ritenuto di maggior favore ⁽²⁵⁸⁾. Va anche detto però che, indipendentemente dall'espressione utilizzata nel Regolamento (*forum shopping*), ciò di cui le parti – non solo i debitori, anche i creditori – sono alla ricerca, nella maggior parte dei casi, non è tanto un foro diverso, bensì la legge concorsuale di cui quel foro è espressione. Sicché,

⁽²⁵⁴⁾ Cfr. P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 64.

⁽²⁵⁵⁾ Cfr. *considerando* n. 6. V. anche *infra*, cap. I. Sul punto v. anche F. PERSANO, *Il caso Eurofood, ovvero la contestuale apertura di due procedure principali di insolvenza nello spazio giudiziario europeo*, in *Fallimento*, 2004, p. 1268.

⁽²⁵⁶⁾ Cfr. *considerando* n. 2. Sul punto v. V. PROTO, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, cit., p. 8.

⁽²⁵⁷⁾ Cfr. *considerando* n. 3.

⁽²⁵⁸⁾ Cfr. *considerando* n. 4. In giurisprudenza v. App. Torino, 10 marzo 2009, in *Fallimento*, 2009, p. 1296, che parla di “*trasferimento strumentale di beni e procedimenti giudiziari verso lidi supposti giuridicamente più vantaggiosi*”.

sembrerebbe più corretto parlare di vero e proprio *law shopping*, piuttosto che di semplice *forum shopping* ⁽²⁵⁹⁾.

Si pensi, ad esempio, al trasferimento della sede (*rectius*: del centro degli interessi principali) in Stati che partecipano ad un ipotetico mercato delle regole ⁽²⁶⁰⁾ offrendo ai consociati legislazioni concorsuali *debtor's oriented*, nel tentativo di attrarre le società verso le proprie leggi fallimentari e/o presso le proprie corti.

Sotto questo punto di vista, è evidente che la mancanza di un diritto fallimentare unico di matrice comunitaria potrebbe enfatizzare ulteriormente le differenze esistenti nei singoli ordinamenti statali in tema di: presupposti oggettivi e soggettivi delle procedure concorsuali, disciplina dei reati fallimentari, responsabilità degli amministratori ⁽²⁶¹⁾, revocatoria fallimentare ed inefficacia degli atti pregiudizievoli per i creditori, obiettivi di fondo e finalità delle procedure.

In questo contesto di difformità, peraltro, la concorrenza tra ordinamenti potrebbe essere favorita anche dal fatto che nell'Unione europea le società possono liberamente scegliere il paese di costituzione (dunque la *lex societatis*) e, dopo la sentenza *Cartesio* ⁽²⁶²⁾, dovrebbero incontrare sempre meno ostacoli al trasferimento delle loro sedi e al mutamento volontario del proprio statuto personale ⁽²⁶³⁾.

Ciò detto, è piuttosto chiaro il motivo per cui proprio intorno ai titoli di giurisdizione internazionale selezionati dal Regolamento ⁽²⁶⁴⁾, dai quali dipende

⁽²⁵⁹⁾ La puntuale osservazione è di P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 103.

⁽²⁶⁰⁾ Per la scomposizione del “mercato delle regole” nelle due fondamentali componenti di domanda e di offerta di diritto v. M. GELTER, *The structure of regulatory competition in European corporate law*, in *J. corp. l. stud.*, 2005, pp. 249 ss.; R. DAMMANN, *Freedom of choice in European corporate law*, in *Yale j. int. law.*, 2004, pp. 507 ss.

⁽²⁶¹⁾ Nel senso che “*it is debated whether the subject of company's directors duties and responsibility in the case of insolvency is a matter of corporate or insolvency law*” v. da ultimo L. STANGHELLINI, *Directors' duties and the optimal timing of insolvency*, cit., p. 737, spec. nt. 7. Sul punto v. anche F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali*, cit., p. 226 e p. 227.

⁽²⁶²⁾ Corte di Giustizia CE, 16 dicembre 2008, in causa C-210/06, in *Società*, 2009, pp. 1389 ss., con nota di M.B. DELI e F. PERNAZZA; in *Giur. it.*, 2009, pp. 1169 ss.; in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2009, 2, pp. 477 ss. Sulla libertà di stabilimento dopo la sentenza *Cartesio* v. anche S. LOMBARDO, *Le (a)simmetrie di Cartesio e la nuova libertà di stabilimento delle società nella prospettiva del Trattato di Lisbona*, in *Società*, 2010, pp. 1084 ss.

⁽²⁶³⁾ Su questi temi è d'obbligo il rinvio a F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali*, cit., p. 204, nonché pp. 91 ss. per una dettagliata analisi dell'evoluzione della giurisprudenza comunitaria in tema di libertà di stabilimento.

⁽²⁶⁴⁾ Si è già detto (v. *supra* nt. 253) che in questo il Regolamento si distingue dalla *Model Law* UNCITRAL del 1997, la quale, sebbene faccia riferimento al concetto di “*centro degli interessi*”

indirettamente anche l'individuazione della legge concorsuale applicabile, si agitano buona parte degli interrogativi sollevati dagli interpreti.

A ciò si aggiunga, infine, la lacuna normativa rappresentata dalla mancanza di norme esplicitamente dedicate alle insolvenze di gruppo ⁽²⁶⁵⁾, cui fanno però riferimento buona parte delle decisioni assunte dalle corti europee che si sono dovute occupare di insolvenze transfrontaliere. Sembra, in effetti, che il legislatore comunitario abbia scelto di non predisporre (almeno) direttamente meccanismi per il governo delle insolvenze dei gruppi transfrontalieri. Sicché, di fronte al dilagare del fenomeno, si è manifestata l'intrinseca debolezza, non solo di alcune delle norme cardine del Regolamento, ma anche delle decisioni della Corte di Giustizia ⁽²⁶⁶⁾. Queste ultime, in particolare, formalmente ossequiate in tutti i fori dell'Unione, sono state in più di una occasione sostanzialmente aggirate dalle eterogenee pronunce assunte dai giudici dei diversi Stati membri, con l'effetto di scuotere dalle fondamenta il modello *universal modified* predisposto dal Regolamento.

1.1.- *Centre of debtor's main interests*: un criterio dai contorni (sempre più) incerti.

Si è già avuto modo di constatare che l'art. 3 del Regolamento rappresenta il fulcro ⁽²⁶⁷⁾ attorno al quale ruota l'intera disciplina comunitaria delle insolvenze

principali del debitore", non impone veri e propri criteri di giurisdizione miranti a risolvere i conflitti. Sul punto v. P.J. OMAR, *European Insolvency Law*, cit., p. 104, il quale avverte che: "*the role played by the issue of jurisdiction cannot be underestimated*".

⁽²⁶⁵⁾ Sul punto sia consentito il rinvio al successivo capitolo III.

⁽²⁶⁶⁾ Sul ruolo della Corte di Giustizia nell'interpretazione del Regolamento v. I. QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria. Modelli di riferimento e diritto interno*, Torino, 2007, pp. 284 ss. Sul rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia v. P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., pp. 56 ss.; nonché M. DE CRISTOFARO, *Nuovo coordinamento delle giurisdizioni in Europa*, in *Int'l Lis*, 2002, p. 82. Sul rinvio pregiudiziale dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona v. le recenti sentenze della Corte di Giustizia: 17 febbraio 2011, in causa C-283/09 e 20 ottobre 2011, in causa C-396/09, entrambe reperibili in www.curia.europa.eu.

⁽²⁶⁷⁾ Questa è l'espressione utilizzata da A. MAZZONI, *Osservazioni in tema di gruppo transnazionale insolvente*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, p. 12. V. anche I. MEVORACH, *Insolvency within Multinational Enterprise Groups*, cit., p. 90, nonché p. 65, per la segnalazione delle criticità che, nei modelli universalistici, derivano dalla individuazione dei criteri di collegamento: "*the 'indeterminacy' of the place where the 'single insolvency' will take place make it also prone to manipulations*".

transfrontaliere. Alle sue disposizioni è rimesso, infatti, il compito di introdurre, sia la nozione di “*centro degli interessi principali del debitore*”, sia quella di “*dipendenza*”, sulle quali si fonda la distribuzione della competenza internazionale tra i giudici degli Stati membri, oltre che, indirettamente, l’individuazione della legge concorsuale chiamata di volta in volta a regolare la crisi del debitore ⁽²⁶⁸⁾.

Più in particolare, l’art. 3, par. 1, afferma che i giudici dello Stato membro nel cui territorio è situato il centro degli interessi principali del debitore (cd. *comi*) sono competenti ad aprire la procedura di insolvenza principale, precisando semplicemente che, per le società e le persone giuridiche, si presume che il *comi* coincida, fino a prova contraria, con il luogo in cui si trova la sede statutaria ⁽²⁶⁹⁾.

Quest’ultima, a sua volta, viene generalmente intesa come il luogo che, nell’atto costitutivo, nello statuto o in altri atti che la *lex societatis* prescrive in vista della creazione della società, è indicato, appunto, come sede della stessa ⁽²⁷⁰⁾.

La formula utilizzata dall’art. 3, par. 1, è indubbiamente molto evocativa. Il *comi*, infatti, dovrebbe rappresentare il “*folcal point of the economic life of the*

⁽²⁶⁸⁾ Sul punto v. anche I. MEVORACH, *Insolvency within Multinational Enterprise Groups*, cit., p. 91, il quale evidenzia che questa è una caratteristica peculiare del modello universale (spec. nt. 92).

⁽²⁶⁹⁾ Per le motivazioni che hanno condotto il legislatore comunitario all’utilizzo di questa formula e per le similitudini e le differenze che essa presenta rispetto a quella utilizzata in altri provvedimenti dedicati alle insolvenze transfrontaliere v. M. VIRGÓS e F. GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation*, cit., p. 37 e p. 38. Nel corso della trattazione viene affrontato principalmente il problema della individuazione del *comi* delle società, tralasciando l’ipotesi, solo in apparenza meno problematica, dei debitori persone fisiche. A tal riguardo, nella dottrina straniera si distingue tra: i) consumatori; ii) persone fisiche “*involved in business activities*”. Per i primi, il *comi* è alternativamente individuato nel domicilio o nella residenza abituale; per i secondi, criterio dirimente è quello del luogo in cui vengono condotte le attività. Sul punto v. K. PANNEN, *sub art. 3*, in *European Insolvency Regulation*, K. PANNEN (Ed.), Berlin, 2007, p. 93, il quale, peraltro, in virtù di una interpretazione sistematica e teleologica, ritiene che per il consumatore sia preferibile il criterio della residenza abituale. In giurisprudenza v.: LG Wuppertal, 14 agosto 2002, in *ZInsO*, 2002, 1999, che riconnette il *comi* al domicilio del debitore. Sul punto, v. anche B. WESSELS, *International Jurisdiction*, cit., p. 7 e p. 8.

⁽²⁷⁰⁾ M.V. BENEDETTELLI, *Sul trasferimento della sede sociale all’estero*, in *Riv. soc.*, 2010, p. 1254. L’Autore, peraltro, distingue tale nozione, sia da quella di “sede amministrativa” (considerata una “*nozione giuridica*”), sia da quella di “sede reale” (luogo in cui “*di fatto*” si svolgono i processi decisionali); quest’ultima, in particolare, corrisponderebbe sostanzialmente alla “sede principale” di cui all’art. 9, co. 1, l. fall. Nello stesso senso del testo v. anche M. VIRGÓS e F. GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation*, cit., p. 45, i quali: i) evidenziano che questo concetto di sede statutaria si differenzia da quello inglese e irlandese di “*registered office*”; ii) precisano che il Regolamento si riferisce ad entrambe; c) richiamano, a tal riguardo, l’art. 60 del Regolamento n. 44/2001.

debtor” e sembra presupporre la “*institutionalised presence*” del debitore in un determinato luogo ⁽²⁷¹⁾.

Per quanto concerne le società e le altre persone giuridiche, come abbiamo visto, lo stesso Regolamento introduce una presunzione semplice di coincidenza tra il *comi* e il luogo ove è ubicata la sede statutaria ⁽²⁷²⁾. Una simile presunzione non opera invece nel caso dell’imprenditore persona fisica, per il quale l’unico riferimento resta quello del “*centro degli interessi principali*” ⁽²⁷³⁾.

Ne consegue che, se non viene fornita la prova che il *comi* e la sede statutaria non sono collocati nello stesso luogo, alle società dovrebbero applicarsi tendenzialmente regole di diritto fallimentare e di diritto societario poste dal medesimo ordinamento ⁽²⁷⁴⁾. Sotto questo punto di vista, peraltro, è possibile cogliere una certa assonanza tra il criterio del *comi* e quello della “sede principale” dell’impresa, cui fa riferimento l’art. 9, co. 1, della nostra legge fallimentare. La sede principale, infatti, secondo il consolidato orientamento della Suprema Corte, dovrebbe essere intesa come il luogo in cui viene concretamente svolta, almeno in prevalenza, l’amministrazione e la gestione dell’attività

⁽²⁷¹⁾ Queste sono le espressioni utilizzate da M. VIRGÓS e F. GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation*, cit., p. 37. Ma v. anche P. TORREMANS, *Coming to terms with the COMI concept in the European Insolvency Regulation*, in *International Insolvency Law: themes and perspectives*, a cura di P.J. OMAR, Ashgate, 2008, p. 174; nonché M.V. BENEDETTELLI, *Sul trasferimento della sede sociale all'estero*, cit., p. 1256, il quale, in relazione al diritto interno, evidenzia che l’espressione “*centro principale degli affari*”, dovrebbe indicare “*il luogo in cui l’attività conduce prevalentemente la propria attività imprenditoriale, entrando in rapporto con i terzi (...) e quindi manifestando all’esterno ed attuando quella volontà che si è (interamente) formata nella sede amministrativa*”.

⁽²⁷²⁾ V. a tal proposito M. VIRGÓS e E. SCHMIT, *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, Doc. Consiglio 6500/96/EN, Bruxelles, 1996, par. 75, in I.F. FLETCHER – G. MOSS – S. ISAAC, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings. A Commentary and Annotated Guide*, London, 2002, ove si può leggere che “*this place normally corresponds to the debtor’s head office*”; P. PAJARDI e A. PALUCHOWSKI, *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008, p. 20. In dottrina, peraltro, non v’è unanimità di vedute circa il rapporto tra le due parti dell’art. 3, par. 1: secondo una prima ricostruzione, infatti, i giudici sarebbero sempre tenuti a verificare l’allocazione del *comi*, per cui, solo nei casi di incertezza vi sarebbe spazio per l’operatività della presunzione di coincidenza; secondo altri, invece, la presunzione potrebbe essere rigettata solo se i terzi provano la dissociazione tra *comi* e sede statutaria (c.d. *true legal presumption*). Le due posizioni sono descritte da K. PANNEN, *sub* art. 3, in *European Insolvency Regulation*, cit., p. 94, spec. paragrafi n. 32 e n. 33, il quale si schiera a favore della prima ipotesi interpretativa. Nella giurisprudenza italiana, nel senso che l’art. 3, par. 1, pone una presunzione semplice di coincidenza tra sede legale e *comi* v. da ultimo Trib. Milano, 26 luglio 2011, in www.ilcaso.it.

⁽²⁷³⁾ Sul punto v. anche F. DE SANTIS, *La normativa comunitaria relativa alle procedure di insolvenza transfrontaliera e il diritto processuale interno: dialoghi tra formanti*, in *Dir. fall.*, 2004, I, p. 107.

⁽²⁷⁴⁾ Il concetto è espresso da F.M. MUCCIARELLI, *Centro degli interessi principali e forum shopping in materia fallimentare*, paper reperibile su www.orizzontideldirittodommerciatle.it: secondo l’Autore, ciò rispecchia la stretta complementarità tra questi due settori dell’ordinamento nella ricerca dei punti di equilibrio tra i diversi interessi che ruotano attorno alla società.

d'impresa, e – al pari del *comi* – per le società si presume di regola coincidente con la sede legale statutaria ⁽²⁷⁵⁾. La dottrina, dal suo canto, ha precisato che la sede principale andrebbe individuata “*prescindendo dal luogo in cui si svolge la prevalente attività produttiva o vive la maggior parte dei dipendenti e dei creditori*”; e neppure potrebbero considerarsi elementi decisivi, a tal fine, “*il luogo in cui è accentrata la contabilità dell'impresa (...) o si stipulano contratti con i terzi, e persino il luogo di gravitazione degli affari, se la decisione preventiva o successiva su di essi è presa altrove*” ⁽²⁷⁶⁾.

E' anche per questo motivo, forse, che nelle prime decisioni italiane l'art. 3 del Regolamento è stato invocato solo per avvalorare l'affermazione della giurisdizione già individuata in base al richiamo alle norme interne ⁽²⁷⁷⁾,

⁽²⁷⁵⁾ In questo senso G.M. BUTA, *Insolvenza transfrontaliera e localizzazione del “centro degli interessi principali”*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, II, p. 723, spec. nt. 11: secondo l'Autrice ciò spiegherebbe anche la tendenza, emersa nelle prime pronunce giurisprudenziali italiane, a far coincidere il *comi* con la sede principale rilevante ex art. 9, co. 1, l. fall., o meglio, ad utilizzare i criteri interpretativi interni per la localizzazione del criterio di collegamento posto dal Regolamento. Per la tesi della prevalenza della sede effettiva sulla sede legale, ai fini della competenza per la dichiarazione di fallimento, tra le tante v. Cass., 14 maggio 1990, n. 4125, in *Fallimento*, 1990, 1093; Cass., 19 gennaio 1991, n. 505, in *Giur. it.*, 1991, 1191; in *Fallimento*, 1991, 598; Cass., 14 aprile 2000, 4833, in *Dir. e prat. soc.*, 2000, fasc. 17, p. 95, che si riferisce, in particolare, al caso di una società in stato di liquidazione; Cass., 21 marzo 2003, n. 4206, in *Fallimento*, 2004, pp. 257 ss., con nota di R. TISCINI; Cass., 16 giugno 2004, n. 11303, in *Guida al diritto*, 2004, 33, 65; Cass., 15 marzo 2005, n. 5570, in *Fallimento*, 2005, 941, secondo cui la sede effettiva (“*centro direttivo e amministrativo*”) non coincide necessariamente con il luogo ove l'attività è concretamente esercitata. In dottrina v. G. BONGIORNO, *La dichiarazione di fallimento, in Le procedure concorsuali. Il fallimento*, a cura di RAGUSA MAGGIORE e COSTA, vol. I, Torino, 1997, pp. 288 ss.; ID., *La riforma del procedimento dichiarativo del fallimento, in Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A. DIDONE, Torino, 2009, p. 339 e p. 340; A. NIGRO, *Le società per azioni nelle procedure concorsuali, in Trattato delle società per azioni*, diretto da G.E. COLOMBO e G.B. PORTALE, vol. 9**, Torino, 1994, p. 266; M. PORZIO, *La sede principale dell'impresa come criterio di competenza territoriale per la dichiarazione di fallimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, pp. 15 ss.

⁽²⁷⁶⁾ Le espressioni riportate nel testo sono di G. BONGIORNO, *sub artt. 9, 9bis, 9ter*, l. fall., in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da A. JORIO e coordinato da M. FABIANI, vol. I, Torino, 2006, p. 173. Nello stesso senso sembra orientato G. CAVALLI, *La dichiarazione di fallimento*, in S. AMBROSINI, G. CAVALLI, A. JORIO, *Il fallimento, in Trattato di diritto commerciale*, diretto da G. COTTINO, Padova, 2009, p. 170, il quale evidenzia che, nel caso delle società, dovrebbe prevalere, rispetto alla sede legale, il luogo “*in cui effettivamente si svolge la gestione*”. Ma, per una diversa opinione v. anche A. BONSIGNORI, *Il fallimento, in Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. GALGANO, Padova, 1986, p. 220, secondo cui, non va trascurata la necessità di tutelare l'affidamento dei creditori sui dati iscritti nel registro delle imprese.

⁽²⁷⁷⁾ Si tratta dell'art. 3, co. 2, e dell'art. 25 della legge d.i.p., nonché dell'art. 9, l. fall. V., ad esempio, Trib. Roma, 26 novembre 2003, *Cirio Luxembourg s.a.*, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1578, secondo cui una società con sede all'estero deve essere dichiarata insolvente secondo la legge italiana se in Italia è collocato “*il centro strategico e direzionale delle scelte di impresa*”, individuato in base alla disciplina della legge fallimentare, delle norme di diritto internazionale privato e del regolamento comunitario; nonché Trib. Parma, 20 febbraio 2004, *Eurofood Ifsc Ltd*, *ibidem*, c. 1570; Trib. Parma, 4 febbraio 2004, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2004, p. 693; Trib. Roma, 14 agosto 2003, *Cirio del Monte NV*, in *Riv. diri. internaz. priv. proc.*, 2004, p. 685. Sul

nonostante la indiscutibile inutilizzabilità dei criteri interni di collegamento e degli orientamenti giurisprudenziali che intorno a questi ultimi si sono nel tempo sedimentati ⁽²⁷⁸⁾.

Va ben rimarcato il fatto che il Regolamento non immedesima il *comi* con la sede statutaria della società: il richiamo alla sede statutaria, in effetti, è utilizzato solo quale elemento idoneo a introdurre la presunzione di coincidenza con il *comi*. In altri termini, sede statutaria e *comi*, pur essendo presuntivamente collocati nello stesso luogo, integrano due fattispecie sicuramente distinte ⁽²⁷⁹⁾.

A ben guardare, le nozioni di *comi* (art. 3, par. 1) e di dipendenza (art. 3, par. 2) si distinguono entrambe da quella di sede statutaria, in quanto solo le prime, a differenza della seconda, tendono a far prevalere fattori sostanziali sul dato formale. Il fine perseguito, in questo modo, dovrebbe essere quello di evitare che la localizzazione fittizia di una società in un determinato Stato membro possa impedire l'apertura di una procedura principale nel luogo in cui si svolge effettivamente l'attività d'impresa ⁽²⁸⁰⁾.

Per ribaltare la presunzione di coincidenza tra l'ubicazione della sede statutaria e quella del *comi* è necessario, però, che i soggetti eventualmente interessati – la stessa società o i suoi creditori – forniscano elementi idonei a dimostrare che, nello Stato in cui è richiesta l'apertura della procedura principale, il debitore non abbia alcun “interesse” o che altrove siano localizzati i suoi “interessi principali”, e che tali circostanze, peraltro, siano “riconoscibili” per i terzi.

Pertanto, chi intende far applicare la legge fallimentare di un diverso ordinamento deve riuscire a provare la diversa collocazione del *comi* rispetto alla sede statutaria della società. In mancanza di una prova contraria adeguata, come si è già detto, alle società si applicheranno generalmente le regole di diritto

punto, v. M.A. LUPOI, *Conflitti di giurisdizione e di decisioni nel regolamento sulle procedure d'insolvenza: il caso «Eurofood» e non solo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, p. 1396, spec. nt. 8.

⁽²⁷⁸⁾ In questo senso: G.M. BUTA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 729, la quale precisa che “le regole dell’art. 3 del regolamento si sostituiscono sia alle norme nazionali in tema di apertura di una procedura d’insolvenza sia alle norme convenzionali altrimenti applicabili”; nonché A. MAZZONI, *Osservazioni*, cit., p. 15; ID., *Soluzioni concordatarie*, cit., p. 148. In giurisprudenza v. Trib. Milano, 6 luglio 2005, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2005, p. 450.

⁽²⁷⁹⁾ In questi termini v. G. MONTELLA, *La procedura secondaria: un rimedio contro il forum shopping del debitore nel Regolamento CE n. 1346/2000*, in *Fallimento*, 2009, p. 1301.

⁽²⁸⁰⁾ M. FABIANI, *Gruppi d'impresa ed insolvenza transfrontaliera: spazi residui di forum e law shopping nella disciplina comunitaria (in margine a High Court of Justice (Leeds), 16 maggio 2003, Re Daisytek ISA Ltd.; Cour d'appel Versailles, 4 settembre 2003, Klempa c. SAS ISA Daisytek; Trib. Roma, 26 novembre 2003, Cirio Holding Luxembourg SA; Trib. Parma, 20 febbraio 2004, Eurofood)*, in *Int'l Lis*, 2004, 2, p. 95; nonché ID., *Diritto fallimentare*, cit., p. 47.

fallimentare poste dallo stesso ordinamento che ne regola lo statuto personale, stante la normale coincidenza tra collocazione della sede sociale statutaria, registrazione e legge applicabile ⁽²⁸¹⁾.

Viceversa, qualora un creditore o la società stessa non siano persuasi del fatto che il *comi* coincida con la sede statutaria e invochino l'applicazione di una determinata legge fallimentare, hanno l'onere di dimostrarne la diversa localizzazione ⁽²⁸²⁾.

Il vero problema, a questo punto, consiste nell'individuare gli elementi idonei a fornire la prova richiesta. A parte la presunzione semplice di coincidenza tra il *comi* delle persone giuridiche con la sede legale statutaria, il legislatore comunitario, infatti, non pare abbia fornito una chiara indicazione circa i dati identificativi del centro degli interessi principali del debitore. Al contrario, sembra quasi che il Regolamento si limiti ad evocare il concetto di *comi* per poi lasciarlo, in buona sostanza, indefinito, benché anche alcuni ordinamenti nazionali facciano attualmente riferimento a criteri di collegamento territoriale del tutto identici ⁽²⁸³⁾.

In effetti, è la stessa nozione di “*interessi principali*” a essere piuttosto vaga, oltre che suscettibile di molteplici interpretazioni. Cionondimeno, anche da essa dipende il radicamento della giurisdizione in ambito europeo, la graduazione delle procedure concorrenti e l'individuazione della *lex concursus* con effetti tendenzialmente universali. Se si considera poi che la disciplina delle insolvenze transfrontaliere non prevede strumenti per la regolamentazione dei rapporti tra le giurisdizioni degli Stati membri, è agevole comprendere come, in virtù di interpretazioni divergenti dell'art. 3, par. 1, siano concretamente ipotizzabili conflitti positivi e negativi di giurisdizione. Nel primo caso, più giudici appartenenti a Stati membri diversi potrebbero ritenersi ugualmente competenti ad aprire la procedura principale di insolvenza; nel secondo caso, al contrario, tutti i

⁽²⁸¹⁾ Della possibile dissociazione tra *lex societatis* e *lex fori concursus* si occupano M. VIRGÓS e F. GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation*, cit., pp. 81 ss, i quali precisano che, nel caso in cui il *comi* e la sede statutaria siano collocati in due luoghi diversi, “*it will be necessary to delimit the respective scope of application of the lex concursus and the lex societatis*”.

⁽²⁸²⁾ P. DE CESARI, *Il trasferimento all'estero della sede legale dell'impresa insolvente*, in *Fallimento*, 2010, p. 667.

⁽²⁸³⁾ Si pensi alla Spagna, dove l'art. 10 della l. 9 luglio 2003, n. 22, fa riferimento proprio al centro principale degli interessi del debitore.

giudici eventualmente aditi in diversi Stati membri potrebbero negare l'esistenza *in loco* del *comi* del debitore ⁽²⁸⁴⁾.

In questo quadro, la vera difficoltà deriva dal fatto che il *comi*, a differenza della sede statutaria, non è che un dato fattuale. Nelle intenzioni del legislatore comunitario, peraltro, proprio la scelta di un criterio di questo tipo avrebbe dovuto contribuire a neutralizzare le pratiche di *forum* e *law shopping*; in realtà, a quasi dieci anni dall'entrata in vigore del Regolamento, è legittimo chiedersi se la necessaria quanto eccessiva ampiezza ⁽²⁸⁵⁾ del criterio su cui dovrebbe basarsi il funzionamento dell'intero modello *universal modified* europeo si sia tradotta, in fondo, in una irrimediabile vaghezza e manipolabilità ⁽²⁸⁶⁾.

A tal riguardo, bisogna anche considerare che il Regolamento devolve alle leggi concorsuali nazionali, tra l'altro, la determinazione dei presupposti soggettivi delle procedure, lasciando così agli interpreti il compito di teorizzare criteri omogenei per l'individuazione del "*centro degli interessi principali*" di una sterminata gamma di potenziali debitori, che vanno dal minuscolo e sprovveduto consumatore indebitato alla grande società a base azionaria, eventualmente inserita in più ampio contesto di gruppo. Anche per questo motivo, in dottrina tende a prevalere l'opinione secondo cui il concetto di "*interessi*" di cui all'art. 3, par. 1, dovrebbe inevitabilmente comprendere, non solo le attività propriamente commerciali, industriali o professionali, ma anche quelle economiche in generale ⁽²⁸⁷⁾.

⁽²⁸⁴⁾ Sul punto, con particolare riferimento ai conflitti positivi v. *infra*, in questo capitolo, par. 2; nonché C. SANTINI, *La quaestio jurisdictionis nel Regolamento comunitario n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza*, in www.judicium.it; A. MAZZONI, *Osservazioni*, cit., p. 14, osserva che i conflitti di giurisdizione configurano, nell'applicazione della disciplina comunitaria, "*un modello problematico ricorrente*".

⁽²⁸⁵⁾ Sul punto v. B. WESSELS, *Twenty suggestions for a makeover of the EU Insolvency Regulation*, in *International Caselaw Alert*, No. 12 – V/2006, October 31, 2006, pp. 68-73, il quale ammette che "*the general description for 'centre of main interest' is not sufficient to encompass all types of debtors, e.g. natural persons as private persons, natural persons as professionals, smaller companies and larger (groups of) companies with segregated 'management and control' ('head office functions') and factual operations*". Anche M. VIRGÓS e F. GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation*, cit., p. 38, dopo aver evidenziato la "flessibilità" della formula utilizzata dall'art. 3, par. 1, sono costretti ad ammettere che "*this same open texture may also be his greatest weakness*"; nello stesso senso P. TORREMANS, *Coming to terms with the COMI*, cit., p. 178.

⁽²⁸⁶⁾ Per alcuni esempi di manipolazione del *comi*, anche dopo la sentenza *Eurofood*, v. *infra* cap. III.

⁽²⁸⁷⁾ Così P. DE CESARI, *L'onere della prova*, cit., p. 70. Nello stesso senso sembrano orientati anche K. PANNEN, *sub* Art. 3, in *European Insolvency Regulation*, K. PANNEN (Ed.), Berlin, 2007, p. 75; M. VIRGÓS e F. GARCIMARTÍN, *European Insolvency Regulation*, cit., p. 40.

L'unico dato davvero certo (e tutt'altro che incoraggiante) è che il Regolamento non definisce esattamente cosa debba intendersi per “*centro degli interessi principali del debitore*”⁽²⁸⁸⁾.

Cionondimeno, come la dottrina ha avuto modo di evidenziare, la corretta interpretazione di questa formula impone di fornire risposte concrete a due interrogativi:

a1) quali sono realmente gli “*interessi*” del debitore rilevanti ai fini della determinazione del *comi*;

a2) quali tra questi interessi possono e devono essere considerati “*principali*” e, soprattutto, rispetto a cosa⁽²⁸⁹⁾.

La risposta ai suddetti quesiti, a sua volta, implica una preliminare presa di posizione sulla questione della autonomia o meno del criterio del *comi* rispetto ad analoghi criteri di collegamento utilizzati dalle leggi fallimentari nazionali.

E' evidente, infatti, che la concreta attività di captazione e di comparazione degli interessi rilevanti ai fini dell'art. 3, par. 1, potrebbe condurre ad esiti divergenti a seconda che:

b1) la nozione di *comi* si ritenga uniforme a livello europeo⁽²⁹⁰⁾;

b2) o, viceversa, si opti per una interpretazione del *comi* filtrata attraverso le categorie della *lex fori*.

Su quest'ultimo punto, peraltro, l'orientamento della dottrina non è unanime. Secondo alcuni, nella ricostruzione del concetto di *comi* si dovrebbe necessariamente tener conto degli scopi perseguiti dalle discipline concorsuali

⁽²⁸⁸⁾ B. WESSELS, *The place*, cit., p. 183, richiama l'espressione “*focal point of the economic life of the debtor*” utilizzata da M. VIRGÓS e F. GARCIMARTÍN (v. *supra* in questo stesso paragrafo) e riporta (alla nt. 4) la definizione di *comi* che era stata proposta al Parlamento Europeo: “*the place from which the debtor mainly entertains economic relations as well as exercise other economic activities and to which place he therefore maintains the closest relationships*”. Ma v. anche ID., *International Jurisdiction*, cit., p. 4, per la definitiva constatazione che “*The Regulation does not define this concept*”; nonché A. MAZZONI, *Concordati di gruppi transfrontalieri e disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. soc.*, 2010, p. 554; L. GAILLOT, *The interpretation by French courts of the EU COMI notion*, in www.iiiglobal.org, spec. p. 2.

⁽²⁸⁹⁾ P. DE CESARI, *L'onere della prova del centro degli interessi principali del debitore*, in *Fallimento*, 2009, p. 69. Nel senso che il carattere principale andrebbe vagliato in relazione alle categorie di soggetti direttamente o indirettamente coinvolti e dei controinteressati v. M.V. BENEDETTELLI, *Centro degli interessi principali*, cit., pp. 499 ss.

⁽²⁹⁰⁾ In questo senso è orientata la giurisprudenza italiana più recente: Cass., Sez. Un., 18 maggio 2009, n. 11398, in *Fallimento*, 2010, p. 665; nonché App. Milano, 14 maggio 2008, in *Fallimento*, 2009, pp. 65 ss., secondo cui “*il criterio di giurisdizione (...) di cui all'art. 3 (...) riveste natura autonoma della disciplina comunitaria e, dunque, va interpretata indipendentemente dalle normative nazionali, tenuto conto degli obiettivi del regolamento e giusta il suo considerando n. 13*”.

vigenti nei singoli ordinamenti nazionali ⁽²⁹¹⁾. Ciò sul presupposto che a queste ultime sarebbe pur sempre rimesso il compito di selezionare e bilanciare gli interessi meritevoli di tutela, sia nella distribuzione delle risorse dell'imprenditore insolvente, sia nell'eventuale riorganizzazione o risanamento dell'attività d'impresa. In altri termini, il riferimento alla legge dell'ordinamento competente sarebbe imprescindibile per individuare quali tra gli interessi del debitore (e delle sue controparti) sono realmente "rilevanti" ai fini della legge fallimentare, e quali, tra gli interessi così qualificati, si possono considerare anche "principali" ⁽²⁹²⁾.

Così ragionando, tuttavia, si deve inevitabilmente concludere nel senso che la nozione di *comi* potrebbe assumere significati diversi, a seconda dell'ordinamento in cui, di volta in volta, si chiede che sia aperta la procedura concorsuale principale ⁽²⁹³⁾.

Anche per questo motivo, secondo la dottrina maggioritaria, ogni volta che il Regolamento introduce nozioni e principi non riferibili ai singoli ordinamenti nazionali, dovrebbe essere privilegiata un'interpretazione quanto più possibile omogenea, che ne esalti la natura e la portata autonoma, e sia coerente con i principi e le *policies* della normativa europea ⁽²⁹⁴⁾.

⁽²⁹¹⁾ Questa è l'opinione espressa da M.V. BENEDETTELLI nello scritto *Centro degli interessi principali del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliere*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2004, pp. 499 ss., spec. pp. 515 ss., e ribadita successivamente in *Id.*, *Sul trasferimento della sede sociale all'estero*, cit., p. 1256 e p. 1257; nel senso che "la formulazione della norma lascia, peraltro, all'interprete di ogni singolo Stato membro la individuazione dei criteri alla luce dei quali individuare" il *comi* v. F. DE SANTIS, *La normativa comunitaria relativa*, p. 107. Anche alcune pronunce giurisprudenziali italiane sembrano attestarsi su questa linea: v. Cass., Sez. Un., 20 maggio 2005, n. 10606, in *Giur. comm.*, 2006, II, 616, con nota di F.M. MUCCIARELLI; in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2006, p. 435, secondo cui è "compito del giudice italiano stabilire (...) quale sia in concreto, alla stregua del proprio ordinamento (ma salvaguardando l'esigenza di un'applicazione uniforme...), la sede effettiva della società"; nello stesso senso sembrerebbe orientato anche Trib. Torino, 10 gennaio 2007, in *Giur. it.*, 2007, 1697, con nota di M. SPIOTTA.

⁽²⁹²⁾ M.V. BENEDETTELLI, *Sul trasferimento della sede sociale all'estero*, cit., p. 1257, il quale aggiunge che ciò non equivale a negare al *comi* la natura di "nozione comunitaria uniforme": in primo luogo, perché i giudici sarebbero comunque chiamati a seguire lo stesso approccio nella sua interpretazione; in secondo luogo, perché non sarebbe il primo caso di nozione autonoma che deve essere completata dal diritto nazionale. Sul punto v. anche A. MAZZONI, *Osservazioni*, cit., p. 9, secondo il quale l'apertura di una procedura concorsuale mira a tutelare la pluralità degli interessi generali coinvolti, tra i quali, "quello dei creditori è sempre presente, ma in molti Stati non è più il solo giuridicamente rilevante o preminente".

⁽²⁹³⁾ M.V. BENEDETTELLI, *Centro degli interessi principali del debitore*, cit., p. 520.

⁽²⁹⁴⁾ M. VIRGÓS e F. GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation*, cit., p. 37: "its meaning is uniform and independent from national laws"; M.A. LUPOL, *Conflitti di giurisdizione*, cit., p. 1399; P. CATALLOZZI, *Il regolamento europeo e il criterio del COMI (centre of main interests): la parola alla Corte*, in *Fallimento*, 2006, p. 1257. Sul punto v. anche M. VIRGÓS e E. SCHMIT, *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, Doc. Consiglio 6500/96/EN, Bruxelles, 1996, par. 43, in I.F. FLETCHER – G. MOSS – S. ISAAC, *The EC Regulation on Insolvency*

Nel caso del *comi*, la correttezza della lettura “autonomista” sembrerebbe ulteriormente confermata dal fatto che il Regolamento si contraddistingue invero per uno scarso tasso di armonizzazione ⁽²⁹⁵⁾: molte delle sue norme, infatti, rinviano direttamente o indirettamente alla *lex concursus*, senza garantire un concreto avvicinamento delle legislazioni concorsuali nazionali. Per converso, qualora tale richiamo alle normative interne manchi, dovrebbe essere sempre favorita l’interpretazione funzionale alla reale convergenza delle singole discipline nazionali verso un patrimonio comune di nozioni e principi di diritto fallimentare. In quest’ottica, del resto, si è posta anche la Corte di Giustizia, la quale ha avuto modo di affermare che il concetto di *comi* è “*proprio del Regolamento*” e, in quanto tale, dotato di un significato autonomo rispetto alle normative nazionali ⁽²⁹⁶⁾.

La localizzazione del *comi*, di conseguenza, dovrebbe avvenire secondo criteri univoci, sia dal punto di vista della nozione rilevante, sia dal punto di vista delle risultanze fattuali che ne identificano la presenza in uno Stato piuttosto che in un altro. Solo ragionando in questo modo sarebbe possibile scongiurare, da un lato, i potenziali conflitti di giurisdizione, nonché, dall’altro, la scelta da parte del debitore di ordinamenti più compiacenti dal punto di vista della disciplina fallimentare (c.d. *forum e law shopping*) ⁽²⁹⁷⁾.

Dall’autonomia della nozione di *comi* rispetto ai criteri di collegamento utilizzati dalle leggi fallimentari nazionali deriva così un’altra piccola certezza: in

Proceedings. A Commentary and Annotated Guide, London, 2002, 261. Nel senso che la nozione di *comi* dovrebbe essere uniforme a livello europeo v. anche S. BARIATTI, *Qualificazione e interpretazione nel diritto internazionale privato comunitario, prime riflessioni*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2006, p. 370; P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera e giurisdizione italiana*, Milano, 2009, p. 65; P. DE CESARI, *L’onere della prova*, cit., p. 70; P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Il ‘giudice’ nel Regolamento 1346/2000: una nuova nozione autonoma di diritto comunitario*, in *Fallimento*, 2007, p. 265, spec. nt. 8; A. MAZZONI, *Concordati di gruppi transfrontalieri*, p. 554; M. FABIANI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 48.

⁽²⁹⁵⁾ V. A. MAZZONI, *Concordati di gruppi transfrontalieri*, cit., p. 553: “Ne deriva un quadro complessivo in cui comune è solo la cornice dell’impianto, o se si preferisce, l’apparato contenitore che racchiude le regole del gioco tra ordinamenti”. V. anche Corte di Giustizia CE, 20 ottobre 2011, in causa C-396/09, *Interedil*, spec. punto n. 24, reperibile in www.curia.europa.eu: “il regolamento si limita a uniformare le norme relative alla competenza internazionale, al riconoscimento delle decisioni e al diritto applicabile”.

⁽²⁹⁶⁾ Corte di Giustizia CE, 2 maggio 2006, in causa C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd*, punto n. 31, in *Fallimento*, 2006, p. 1252. Nello stesso senso anche la recente Corte di Giustizia CE, 20 ottobre 2011, in causa C-396/09, *Interedil*, cit., spec. punto nn. 42, 43 e 44. Sul punto v. anche L. GAILLOT, *The interpretation by French courts of the EU COMI notion*, cit., spec. p. 4.

⁽²⁹⁷⁾ L’osservazione è di G.M. BUTA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 726 e p. 727. Sul punto v. anche, nel senso che andrebbe favorita e stimolata l’interpretazione uniforme del *comi*: I. QUEIROLO, *L’insolvenza transnazionale*, cit., 816 e p. 817.

manca di una definizione espressa da parte dell'art. 3, par. 1, nel tracciare i contorni della fattispecie, particolare rilievo dovrebbe essere riconosciuto al *considerando* n. 13. Quest'ultimo, in particolare, suggerisce agli interpreti che per "centro degli interessi principali del debitore" dovrebbe intendersi "il luogo in cui il debitore esercita in modo abituale e riconoscibile dai terzi, la gestione dei suoi interessi".

La concreta individuazione del *comi* richiederebbe, dunque, una verifica del rapporto che ogni debitore ha con il territorio di un determinato Stato membro, non solo in termini di "abitudine" ed "effettività" (c.d. elemento della gestione), ma anche di "trasparenza" (c.d. elemento della riconoscibilità) ⁽²⁹⁸⁾, sul presupposto che l'insolvenza dovrebbe sempre rappresentare un rischio calcolabile per tutti i potenziali creditori e che il Regolamento dovrebbe favorire tale prevedibilità. In altre parole, per conseguire gli obiettivi dichiarati di efficacia ed efficienza delle procedure concorsuali transfrontaliere ⁽²⁹⁹⁾, i potenziali creditori dovrebbero essere messi in condizione di individuare con certezza: i criteri da cui dipende l'apertura della procedura concorsuale, la scelta della legge ad essa applicabile e gli effetti che essa comporta. Solo in tal modo, essi potrebbero essere in grado di valutare (se possibile) in anticipo le conseguenze dell'eventuale apertura di una procedura a carico del debitore con cui hanno intenzione di stipulare contratti o cui stanno per erogare credito ⁽³⁰⁰⁾.

La rilevanza attribuita, nella localizzazione del *comi*, alla posizione dei (potenziali) creditori ha trovato conferma anche nelle prime pronunce giurisprudenziali inglesi, le quali meritano però di essere segnalate anche per un altro motivo. Nei casi esaminati, infatti, il radicamento della giurisdizione è stato operato sulla base di una discussa ⁽³⁰¹⁾ suddivisione degli stessi creditori in varie

⁽²⁹⁸⁾ L'espressione è di M.A. LUPOI, *Conflitti di giurisdizioni*, cit., p. 1397 e p. 1398; ma v. anche, in relazione al caso *Eurofood IFSC Ltd*, l'Opinione espressa dall'Avvocato Generale Jacobs del 27 settembre 2005, in *Racc.*, 2006, I-3820.

⁽²⁹⁹⁾ Cfr. *considerando* n. 2.

⁽³⁰⁰⁾ Si osservi che il *considerando* n. 13 ripete la stessa formula utilizzata dal *Report on the Convention on Insolvency Proceedings* – da questo momento, per semplicità, *Report* Virgós-Schmit – del 1996 (v. *infra* nt. 272), par. 75. Sul punto v. B. WESSELS, *International Jurisdiction*, cit., p. 5, nonché ID, *The place of the registered office*, cit. p. 183, il quale parla di "law and economics dimension"; K. PANNEN, *op. cit.*, p. 90; G. MOSS (ed.), *The EC Regulation on Insolvency Proceedings: A Commentary and Annotated Guide*, Oxford, 2003, p. 261.

⁽³⁰¹⁾ Sul punto v. F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali*, cit., p. 216 e 217; nonché B. WESSELS, *The place*, cit., p. 184, secondo cui sarebbe stato utilizzato un "subjective test for certain group of

categorie (o classi), in funzione del tipo di attività esercitata dal debitore ⁽³⁰²⁾. Secondo i giudici d'oltremarina, in altri termini, non tutti i creditori si troverebbero sullo stesso piano ai fini della individuazione del *comi*: dalla natura dell'attività imprenditoriale del debitore discenderebbe, infatti, la necessità di selezionare le classi potenzialmente più esposte ai rischi dell'insolvenza. Solo queste ultime sarebbero poi da prendere in considerazione ai fini dell'art. 3, par. 1, e del *considerando* n. 13 ⁽³⁰³⁾.

A ben guardare, il *considerando* n. 13, nell'intento di fornire all'interprete un valido supporto interpretativo ⁽³⁰⁴⁾, fa esplicita menzione di due distinti parametri.

In primo luogo, viene in rilievo quello che abbiamo definito come elemento della gestione, o, meglio ancora, della *c1)* "gestione" *c2)* "abituale" degli *c3)* "interessi". Di questi ultimi, in particolare, si è già detto che essi dovrebbero essere intesi, in senso ampio, come gli interessi di natura economica, derivanti ai vari rapporti che il debitore-imprenditore stringe con i terzi (finanziatori, fornitori, acquirenti, lavoratori) nell'esercizio della propria attività ⁽³⁰⁵⁾. L'abitudine ⁽³⁰⁶⁾, a

creditors" in mancanza, peraltro, di ogni indicazione in questo senso nello stesso *Report* Virgós-Schmit del 1996 (par. 75).

⁽³⁰²⁾ Le decisioni in questione sono due: *i)* High Court of Justice Leeds, 16 maggio 2003, *Isa Daisytek*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2004, 774; in *ZIP*, 2004, 963: "*In the case of a trading company the most important groups of potential creditors are likely to be its financiers [finanziatori] and its trade supporters [fornitori]*"; *ii)* High Court of Justice, Chancery Division Leeds, 20 maggio 2004, *Ci4Net.Com Inc*, in *ZIP*, 2004, 1769.

⁽³⁰³⁾ Sul punto v. anche A. MAZZONI, *Osservazioni*, cit., p. 14.

⁽³⁰⁴⁾ Il ruolo dei *considerando* nell'interpretazione del Regolamento era già stato evidenziato anche da High Court of Justice London, 7 febbraio 2003, *Brac Rent-A-Car International*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2004, 767. Sul punto v. anche B. WESSELS, *Moving House: Wich Court can open Insolvency Proceedings?*, in www.iitglobal.org; Id., *The place*, cit., p. 183: "*the only indication of what COMI is presumed to mean is to be found in Recital 13*"; A. MAZZONI, *Osservazioni*, cit., p. 11, il quale sottolinea però la natura "*non imperativa*" della definizione di *comi* fornita dal *considerando* n. 13; nonché G. MOSS, *Group insolvency – choice of forum and law: the European experience under the influence of English pragmatism*, in *Brook. J. Int'L L.*, 2007 [vol. 32:3], p. 1007: ritenere che il *considerando* n. 13 contenga una vera e propria definizione di *comi* sarebbe "*plainly wrong*". Il Regolamento non ha il pregio della chiarezza secondo I. MEVORACH, *Insolvency within Multinational Enterprise Groups*, cit., p. 91, il quale, proprio in relazione al *comi* e al contenuto *considerando* n. 13, parla di definizione "illogica" ("*fuzzy*"). Tuttavia, non si può non dare conto dell'opinione espressa da due autorevoli Autori, M. VIRGÓS e F. GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation*, cit., p. 38, i quali parlano in proposito di una vera e propria "*legal definition*" (v. anche p. 39, per la precisazione che il *considerando* n. 13 dovrebbe avere la stessa funzione delle definizioni contenute nell'art. 2 del Regolamento).

⁽³⁰⁵⁾ M.A. LUPOI, *Conflitti di giurisdizioni*, cit., p. 1399. Sul punto, con particolare riferimento alle persone fisiche "*involved in business activities*" v. anche K. PANNEN, *op. cit.*, p. 92: "*the term 'interests' has a wide meaning encompassing not only commercial, trading, or occupational activities but also general economic activities*".

sua volta, dovrebbe essere interpretata come sinonimo di continuità e permanenza della gestione, al fine di tutelare l'affidamento dei terzi circa l'effettiva localizzazione territoriale del debitore (c.d. *stable link*), soprattutto nel caso in cui l'attività di gestione sia concretamente condotta in diversi luoghi. La gestione, infine, dovrebbe indicare l'attività di "*management and control*" ⁽³⁰⁷⁾ degli interessi stessi.

In sintesi, con specifico riferimento alle società e alle altre persone giuridiche, il primo parametro contenuto nel *considerando* n. 13 sembrerebbe associare il *comi* direttamente al luogo di esercizio abituale dell'attività, vale a dire la sede dell'attività direttiva, amministrativa ed organizzativa dell'impresa ⁽³⁰⁸⁾, in cui si svolgono i processi decisionali interni e vengono organizzati e coordinati i fattori produttivi.

Ciò non toglie che anche questa parte del *considerando* n. 13, al pari dell'art. 3, par. 1, contenga un richiamo generalista ad un coacervo di interessi indistinti, relativi ad una serie complessa di attività e rapporti che fanno capo al debitore. Tali interessi, dopo essere stati individuati, dovrebbero poi essere oggetto di una valutazione comparativa da parte del giudice, volta ad indagarne caso per caso la "principalità".

Nella prospettiva offerta dal *considerando* n. 13, peraltro, gli interessi del debitore non potrebbero essere considerati isolatamente: al contrario, essi andrebbero individuati in relazione a quelli, eventualmente contrapposti, riconducibili ad altri soggetti con cui lo stesso imprenditore intrattenga rapporti ⁽³⁰⁹⁾. Solo questo tipo di indagine, infatti, potrebbe consentire all'interprete di rintracciarne il carattere della "principalità", sotto il profilo sia qualitativo che quantitativo ⁽³¹⁰⁾.

⁽³⁰⁶⁾ Secondo M. VIRGÓS e F. GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation*, cit., p. 41, si tratta di una "*quality of presence*".

⁽³⁰⁷⁾ Questa è l'espressione utilizzata da M. VIRGÓS e F. GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation*, cit., p. 40.

⁽³⁰⁸⁾ In questo senso v. anche Cass., Sez. Un., 18 maggio 2009, n. 11398, in *Fallimento*, 2010, p. 644; la stessa formula è utilizzata anche da App. Milano, 8 maggio 2008, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, II, pp. 717 ss., spec. p. 720. Del "*centro propulsore dell'impresa*" parlava invece Trib. Parma, 20 febbraio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1573. Sul punto v. anche M.V. BENEDETTELLI, *Sul trasferimento della sede all'estero*, cit., p. 1255 e p. 1256, il quale precisa la distinzione tra "*sede amministrativa*" e "*sede reale*".

⁽³⁰⁹⁾ P. DE CESARI, *Onere della prova*, cit., p. 71. In giurisprudenza v. Trib. Milano, 26 luglio 2011, cit., la quale, a sua volta, richiama App. Milano, 14 maggio 2008, in *Fallimento*, 2009, p. 65.

⁽³¹⁰⁾ M.A. LUPOI, *Conflitti di giurisdizioni*, cit., p. 1400.

In tal modo, tuttavia, si è costretti nuovamente ad ammettere che gli interessi “principali” potrebbero variare a seconda dei gruppi di rapporti concretamente instaurati dal debitore e delle diverse categorie di soggetti controinteressati ⁽³¹¹⁾. La “principalità qualitativa” ⁽³¹²⁾, in particolare, discende da una selezione di rapporti (e di corrispondenti interessi) che può essere talvolta influenzata da considerazioni che esulano dal piano schiettamente giuridico-economico, per sfociare su quello politico-ideologico ⁽³¹³⁾.

Ad ogni modo, accettando una nozione di “interessi” che faccia riferimento ai rapporti con i terzi, la giurisprudenza più recente ha affermato che si dovrebbe prendere in considerazione l’intero patrimonio economico e giuridico dell’imprenditore, in tutti i suoi elementi attivi e passivi ⁽³¹⁴⁾, valutandolo in un’ottica comprensiva anche degli “interessi” dei soggetti che in qualche misura siano titolari di situazioni giuridiche che interagiscono con quelle del debitore. Tra questi controinteressati, come si è detto, rilievo preminente dovrebbe essere riconosciuto ai creditori: un imprenditore, infatti, contraendo dei debiti gestisce i propri interessi e l’intero ammontare di tali debiti concorre ad integrare il *comi*.

Tali considerazioni ci spingono ad allargare l’indagine al secondo elemento cui fa menzione il *considerando* n. 13. Quest’ultimo, infatti, sembra suggerire che la “gestione abituale” degli interessi non sia sufficiente a localizzare il *comi*, se non accompagnata anche dalla “riconoscibilità per i terzi” che entrano in contatto con il debitore stesso.

A tal riguardo, però, in dottrina è stato osservato che l’indicazione del luogo di “gestione abituale” degli interessi è di per sé in contraddizione con la necessità di assicurarne ai terzi la possibilità di individuazione. Non è da escludere, infatti, che l’attività decisionale interna della società (elemento della gestione) si svolga in luoghi non corrispondenti con quello in cui l’ente manifesta la sua volontà

⁽³¹¹⁾ P. DE CESARI, *op. loc. ult. cit.*; M.A. LUPOI, *Conflitti di giurisdizioni*, cit., p. 1401; M.V. BENEDETTELLI, *Centro degli interessi principali del debitore*, cit., p. 520.

⁽³¹²⁾ La valutazione della principalità sotto il profilo quantitativo è operazione molto più semplice, essendo basata su parametri di natura oggettiva e verificabile: M.A. LUPOI, *op. loc. ult. cit.*

⁽³¹³⁾ M.A. LUPOI, *op. loc. ult. cit.*

⁽³¹⁴⁾ E’ questa la logica seguita da App. Milano, 14 maggio 2008, cit., che ha tenuto conto, al fine di localizzare il *comi* di una società che aveva trasferito all’estero la sede statutaria, del suo complessivo patrimonio, comprensivo non solo degli elementi attivi, ma anche di quelli passivi, nonché dei rapporti giudiziari pendenti ed inerenti alle attività societarie. Nel senso che occorre considerare “*l’insieme dei rapporti giuridici di cui è parte la società*” v. anche Trib. Milano, 26 luglio 2011, cit.

all'esterno, entrando in contatto con i terzi (elemento della riconoscibilità) ⁽³¹⁵⁾. In termini più semplicistici, non è affatto detto che il luogo in cui il debitore amministra e gestisce abitualmente i suoi interessi, ovvero esercita in concreto la sua attività, sia sempre riconoscibile come tale per i terzi, a differenza di quello in cui vengono espletati adempimenti pubblicitari di natura formale.

Per quanto riguarda le società (e le altre persone giuridiche), il Regolamento tenta di anestetizzare la possibile discrepanza tra l'elemento della gestione e l'elemento della riconoscibilità mediante la presunzione di coincidenza tra sede statutaria e *comi*. In tal modo, peraltro, il Regolamento cerca anche di vincolare l'applicazione di una determinata legge fallimentare ad un dato formale oggettivamente verificabile, coincidente, almeno di regola, con quello da cui dipende anche la *lex societatis* ⁽³¹⁶⁾. Ma il fatto stesso che la presunzione di coincidenza possa essere ribaltata impone: in primo luogo, di prendere atto che il Regolamento ammette la dissociazione tra il diritto societario e il diritto fallimentare, ancorando l'applicazione di quest'ultimo ad un autonomo criterio di collegamento, solo presuntivamente coincidente con la sede legale statutaria ⁽³¹⁷⁾; in secondo luogo, di verificare, nel caso di un eventuale conflitto, quale tra i due elementi del *considerando* n. 13 sia davvero dirimente per qualificare un determinato luogo come “*centro degli interessi principali*” del debitore.

L'analisi della giurisprudenza edita ⁽³¹⁸⁾, conferma invero l'esistenza (e la persistenza) di due approcci antitetici al problema della individuazione del *comi*, distinti proprio in ragione della diversa rilevanza che viene attribuita ai due criteri antitetici cui fa riferimento il *considerando* n. 13 ⁽³¹⁹⁾.

⁽³¹⁵⁾ L'opinione riportata nel testo è stata autorevolmente espressa da M.V. BENEDETTELLI, *Centro degli interessi principali*, cit., p. 503 e p. 514, e ripresa anche da altri Autori, tra cui v. F. PERSANO, *Il caso Eurofood*, cit., p. 1271.

⁽³¹⁶⁾ Sul punto v. anche D. GALLETTI, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 551.

⁽³¹⁷⁾ A. MAZZONI, *Soluzioni concordatarie*, cit., p. 146 evidenzia “la sostanziale irrilevanza (...) della *lex societatis* nel determinare il foro e la legge regolatrice dell'insolvenza”.

⁽³¹⁸⁾ V. *infra*, cap. III.

⁽³¹⁹⁾ I diversi orientamenti della giurisprudenza sono stati descritti da F.M. MUCCIARELLI, *Spostamento della sede statutaria in un Paese Membro della UE e giurisdizione fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2006, II, pp. 622 e 623; ID., *Eurofood, ovvero: certezza del diritto formale e incoerenza dei principi*, *ivi*, 2008, p. 1227; e prima ancora da B. WESSELS, *The place of the registered office*, cit. pp. 186 ss., il quale distingue due approcci: i) uno tendente a valorizzare le c.d. “*head office functions*”; ii) l'altro, per contro, orientato a valorizzare il c.d. “*contact with creditors*”.

Un primo orientamento, in effetti, tende a svalutare il profilo esterno della “riconoscibilità”, attribuendo maggiore rilievo all’elemento interno della “gestione”, vale a dire alla sede dell’amministrazione, intesa come il luogo in cui vengono elaborate le “*strategic decisions*” e da cui partono le scelte gestionali relative all’attività di impresa (c.d. *head quarter functions* o *head office functions theory*) ⁽³²⁰⁾. Di conseguenza, se i centri decisionali di una società sono collocati in uno Stato diverso da quello in cui è ubicata la sede legale, così come accade, ad esempio, nel caso in cui l’autonomia decisionale della società stessa sia ridotta ai minimi termini dall’attività di direzione e coordinamento di una *holding* estera, il *comi* dovrebbe essere individuato nel luogo in cui si realmente si concretizza l’amministrazione.

Il secondo orientamento, invece, risolve la dicotomia tra le due anime del *considerando* n. 13, assumendo come parametro fondamentale quello della trasparenza e della riconoscibilità all’esterno del centro degli interessi principali, ovvero dell’affidamento dei terzi circa il luogo in cui si svolge la gestione ⁽³²¹⁾. In

⁽³²⁰⁾ K. PANNEN, *op. cit.*, p. 94 e p. 95. A questo primo orientamento sembrano riconducibili: Trib. Lucca, 18 settembre 2008 e Trib. Lucca, 12 settembre 2008, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, II, pp. 206 ss., con nota di G.M. BUTA, la quale, in relazione agli elementi ritenuti idonei a superare la presunzione di cui all’art. 3, par. 1, evidenzia che “*nessun rilievo viene poi dato alla circostanza che quegli elementi siano riconoscibili all’esterno*”; Trib. Roma, 26 novembre 2003, *Cirio Luxembourg s.a.*, cit.; Trib. Parma, 4 febbraio 2004, cit.; AG Munchen, 4 maggio 2004, *Hettlage*, in *ZIP*, 2004, p. 962; High Court of Justice Birmingham, 18 aprile 2005, *MG Rover*, in *NZI*, 2005, 467, in *ZIP*, 2005, p. 1610, in cui la presunzione *ex art. 3, par. 1*, viene superata perché nel Regno Unito venivano prese le decisioni strategico-amministrative e veniva svolta l’attività di direzione e coordinamento; High Court of Justice London, 4 giugno 2002, *Enron Directo*, reperibile in www.iiiiglobal.org, e sommariamente descritta da G. Moss, *Group insolvency – choice of forum and law*, cit., p. 1008, il quale sembra schierarsi – almeno in relazione alle insolvenze di gruppo – in favore dell’approccio “pragmatico” delle corti inglesi, che valorizzano la c.d. *head office functions theory*.

⁽³²¹⁾ Nel senso che, in virtù di quanto previsto dal *considerando* n. 13, “*sembrerebbe che il criterio devolutivo della competenza sia da intendere come teso a tutelare l’affidamento dei terzi che entrano in rapporto con la società*” v. G.M. BUTA, *Comi di società e insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 209. Sul punto v. anche B. WESSELS, *The place of the registered office*, cit. p. 189: “*the contact with creditors approach is decisive*”. In giurisprudenza v. AG Mönchengladbach, 27 aprile 2004, *EMBIC*, in *ZIP*, 2004, p. 1064, secondo cui, il fatto che i lavoratori dipendenti, i conti bancari utilizzati per l’attività d’impresa e le relazioni con i clienti fossero localizzati in Germania, giustificava l’apertura di una procedura principale, indipendentemente dal fatto che le decisioni strategiche potessero promanare dall’Inghilterra; Tribunal de Commerce de Nanterre, 15 febbraio 2006, in *EWiR*, 2006, p. 207. Entrambi casi appena citati sono sinteticamente descritti da K. PANNEN, *op. cit.*, pp. 138 – 140. Nel senso che lo spostamento dell’*administrative head office* non dovrebbe rappresentare di per sé una riallocazione del *comi* v. LG Leipzig, 27 febbraio 2006, in *ZInsO*, 2006, 378. Va anche detto, peraltro, che Trib. Parma, 20 febbraio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1567, riconducibile all’opposto orientamento, nel dichiarare lo stato di insolvenza della società irlandese *Eurofood IFSC Ltd*, aveva esaminato anche il problema della riconoscibilità nei confronti dei terzi (v. spec. c. 1576); così come, nel caso *Daisytek*, della riconoscibilità nei confronti dei terzi si era occupata la High Court of Justice di Leeds, 16 maggio 2003, *Isa Daisytek*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2004, 774.

quest'ottica, sarebbe possibile attribuire la competenza internazionale ad un giudice diverso rispetto a quello della sede legale statutaria solo ove risulti sufficientemente tutelato l'affidamento dei terzi circa la reale collocazione del *comi* e lo svolgimento dell'attività d'impresa. Vale a dire che nella localizzazione del *comi* bisognerebbe fare riferimento a criteri oggettivi e verificabili da parte dei terzi, quali le relazioni con la clientela e con i fornitori, l'assunzione di lavoratori dipendenti, l'impiego di conti bancari, la stipula dei principali contratti ⁽³²²⁾, i luoghi in cui sono maggiormente concentrati gli *assets* (c.d. *business activity theory*) ⁽³²³⁾. Nel caso di una società controllata, in particolare, la dissociazione tra il *comi* e la sede legale statutaria potrebbe concretamente verificarsi solo ove quest'ultima confonda la propria immagine sul mercato con quella della controllante, ingenerando nei terzi la convinzione che si tratti di una sola impresa esercitata da un unico soggetto; per contro, non basterebbe dimostrare solo che la *holding* è in grado di determinare internamente, in modo non riconoscibile per i terzi, i processi decisionali e le scelte della società eterodiretta (c.d. *mind of management*).

A tal proposito, va detto che la Corte di Giustizia, occupandosi del *leading case Eurofood* ⁽³²⁴⁾, sembra aver preso posizione in favore del secondo degli orientamenti poc'anzi descritti ⁽³²⁵⁾, accogliendo una nozione di *comi* indubbiamente sbilanciata verso il criterio della riconoscibilità e sostenendo, in particolare, che la presunzione di cui all'art. 3, par. 1, potrebbe essere ribaltata in presenza di elementi al tempo stesso obiettivi e verificabili da parte di terzi, che consentano di determinare l'esistenza di una situazione reale diversa da quella che si ritiene corrispondere alla collocazione della sede legale statutaria ⁽³²⁶⁾. Ciò

⁽³²²⁾ Cfr. Trib. Milano, 16 luglio 2011, cit., che considera rilevante, ai fini della determinazione del *comi*, tra l'altro, "l'attività di vendita dei prodotti" svolta in un determinato luogo, ove "operava il team cui si rivolgevano gli acquirenti (...) si svolgevano le trattative ed (...) erano sottoscritti i contratti".

⁽³²³⁾ K. PANNEN, *op. cit.*, pp. 101 ss.

⁽³²⁴⁾ Corte di Giustizia CE, 2 maggio 2006, in causa C -341/04 *Eurofood*, in *Giur. comm.*, 2007, II, pp. 324 ss., con nota di L. FUMAGALLI.

⁽³²⁵⁾ Su questo punto v. però G. MOSS, *Group insolvency*, cit., p. 1016, il quale osserva che, a ben guardare, "(...) the judgment of the court says nothing at all about the "head office functions" test"; in sostanza "What the European Court (...) does is emphasize that the facts rebutting the presumption of registered office must be "objective and ascertainable by third parties". There is nothing surprising or novel in that".

⁽³²⁶⁾ F.M. MUCCIARELLI, *Eurofood, ovvero*, cit., p. 1228, il quale evidenzia che ciò potrebbe avvenire in caso di società formalmente nazionali (c.d. *pseudo foreign corporation*).

potrebbe valere, a detta della Corte, per quei tipi di società che la stessa definisce come “fantasma”, nel senso che esse non svolgono alcuna attività nello Stato in cui si trova la sede legale statutaria ⁽³²⁷⁾. Per contro, qualora una società svolga la propria attività nello Stato in cui è ubicata la sede legale, il fatto che le relative scelte gestionali possano essere elaborate e compiute altrove non dovrebbe essere di per sé sufficiente a superare la presunzione stabilita dal Regolamento. Solo in tal modo, peraltro, potrebbe essere garantita, da un lato, la certezza del diritto, nonché, dall’altro, la prevedibilità del giudice competente e, indirettamente, della legge concorsuale applicabile ⁽³²⁸⁾.

Com’è noto, la *Eurofood ISFC Ltd* era una società di diritto irlandese riconducibile al gruppo *Parmalat*, per la cui dichiarazione di insolvenza (*rectius*: per il governo della cui procedura concorsuale) si è scatenato un conflitto di giurisdizione senza precedenti ⁽³²⁹⁾, risolto solo grazie all’intervento della Corte di Giustizia. Quest’ultima, in particolare, è stata chiamata a risolvere il problema della localizzazione del *centre of main interests* di una società avente sede legale in un determinato Stato membro, nel caso in cui si tratti di una società controllata ed il *comi* della società madre si collochi, a sua volta, in uno Stato membro diverso.

La soluzione adottata, come abbiamo visto, si basa sulla attribuzione di un preminente rilievo all’elemento della riconoscibilità e sulla simmetrica svalutazione dell’elemento della gestione. Un approccio di tipo sostanzialista, basato sulla valorizzazione delle c.d. *head office functions*, in effetti, avrebbe potuto giustificare il radicamento della competenza internazionale in favore dello Stato in cui, di fatto, venivano elaborate le decisioni amministrative strategiche della controllata. Seguendo l’impostazione fatta propria dai giudici di Lussemburgo, al contrario, la *international jurisdiction* per l’apertura della

⁽³²⁷⁾ P. TORREMANS, *Coming to terms with the COMI concept*, cit., p. 182, parla di “letterbox company”; la stessa espressione è utilizzata anche da M.V. BENEDETTELLI, *Sul trasferimento della sede sociale all’estero*, cit., p. 1256.

⁽³²⁸⁾ Corte di Giustizia CE, 2 maggio 2006, in causa C -341/04 *Eurofood*, cit., spec. punti 33 e 34. Nel senso che “proprio la riconoscibilità dovrebbe rappresentare il criterio principale per superare la presunzione” di cui all’art. 3, par. 1, v. F.M. MUCCIARELLI, *Spostamento della sede statutaria*, cit., p. 623; ma v. anche ID., *Eurofood, ovvero*, cit., p. 1228.

⁽³²⁹⁾ M.M. WINKLER, *Eurofood: è davvero finito il periodo di “rodaggio” del Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza?*, in *Dir. comm. internaz.*, 2007, p. 527, non esita a parlare di “una vera e propria «lotta», che in quasi quattro anni ha coinvolto sei Corti ed un governo sovrano”.

procedura a carico della società controllata potrebbe essere svincolata dal posizionamento della sede legale ed attratta da quella della società madre, solo quando la eterodirezione si renda evidente per i terzi, così come avviene, ad esempio, quando anche l'immagine della prima sul mercato si confonda con quella della seconda.

Più in generale, si può dire che, dopo la pronuncia *Eurofood*, il superamento della presunzione di coincidenza tra sede legale statutaria e *comi* di cui all'art. 3, par. 1, dovrebbe essere consentito solo in casi limite di palese e riconoscibile divaricazione tra sede legale e centro amministrativo gestionale della società ⁽³³⁰⁾.

Sarebbe stato ragionevole, pertanto, attendersi che la chiave di lettura offerta dalla Corte di Giustizia ricomponesse la frattura che si era creata tra le corti degli Stati membri, costituendo la base per l'individuazione di parametri condivisi, certi e di pronta applicazione. Tuttavia, come la dottrina italiana ha avuto modo di osservare in modo provocatorio ed efficace, non sarebbe del tutto fuori luogo parlare di un vero e proprio "*fallimento del comi*" ⁽³³¹⁾, giacché l'evoluzione della giurisprudenza interna successiva alla pronuncia *Eurofood* sembrerebbe caratterizzarsi per la frequente disapplicazione dei parametri interpretativi fissati dalla Corte di Giustizia.

A dire il vero, questa situazione non dovrebbe sorprendere l'interprete più del dovuto. Va considerato, infatti, che lo stesso Regolamento non pone al centro della scena la fattispecie tipica attraverso cui si manifesta l'esercizio dell'impresa transnazionale, ovvero quella del gruppo di società, soggettivamente distinte e potenzialmente sottoposte a leggi diverse, per quanto economicamente unite e proiettate verso il raggiungimento di risultati comuni. Ne consegue che, se è vero che non si può ignorare silenziosamente la distanza esistente tra *law in the books* e *law in action*, è altrettanto vero che, al fine di adeguare il Regolamento alla realtà, il raggio di applicazione del *comi* dovrebbe inevitabilmente conservare un coefficiente di elasticità tale da consentire la distribuzione della *international*

⁽³³⁰⁾ Il rafforzamento della presunzione di coincidenza tra *comi* e sede legale statutaria è stato ribadito da Corte di Giustizia CE, 21 gennaio 2010, in causa C-444/07, *MG Probud Gdynia*, in *Fallimento*, 2010, p. 912, spec. punto n. 37; per ulteriori approfondimenti sul contenuto di questa decisione v. *infra*, par. 3.1. Prima della sentenza *Eurofood*, nel senso che la presunzione di cui all'art. 3, par. 1, "*is not particularly strong*" v. High Court of Justice Chancery Division Leeds, 20 maggio 2004, *Ci4Net.Com Inc.*, in *ZIP*, 2004, p. 1769, il cui contenuto è sintetizzato da K. PANNEN, *op. cit.*, p. 136, e commentato anche da B. WESSELS, *The place*, cit., p. 185.

⁽³³¹⁾ L'espressione è di G. MONTELLA, *Il fallimento del COMI?*, in *Fallimento*, pp. 61 ss., nota a Trib. Isernia, 10 aprile 2009, *ibidem*, pp. 59-60.

jurisdiction in situazioni che si collocano agli antipodi e che vanno dall'insolvenza del consumatore a quella delle società satelliti inserite in grandi gruppi transnazionali.

Si ha la sensazione, in altre parole, che la necessità di dover adattare il *comi* – e, con esso, l'intero modello *universal modified* europeo – ad ipotesi per le quali il Regolamento non era stato originariamente pensato, per quanto economicamente e statisticamente più significative, contribuisca non poco a sfumare i contorni. Un criterio malleabile ed incerto, in effetti, può agevolare la valorizzazione degli elementi che, di volta in volta, siano ritenuti più funzionali, ad esempio, rispetto alle finalità di riorganizzazione centralizzata dei gruppi societari. Ciò comporta, tuttavia, un arretramento nella salvaguardia delle esigenze di prevedibilità per i terzi, che nei modelli di governo delle insolvenze transfrontaliere sembrano assumere un ruolo tutt'altro che secondario. Ad ogni modo, bisogna ammettere che le reali possibilità di convergere verso canoni interpretativi pacificamente condivisi sembra ulteriormente compressa dalla particolare incisività delle conseguenze che il Regolamento stesso associa alla localizzazione del *comi*, amplificate, a loro volta, dalla eterogeneità delle leggi concorsuali nazionali ⁽³³²⁾.

1.2.- Dipendenza e procedure locali secondarie.

L'art. 3, par. 2, del Regolamento stabilisce che “*se il centro degli interessi principali del debitore è situato nel territorio di uno Stato membro, i giudici di un altro Stato membro sono competenti ad aprire una procedura di insolvenza nei confronti del debitore solo se questi possiede una dipendenza nel territorio di tale altro Stato membro*”. Pertanto, nello spazio giudiziario europeo, oltre all'unica procedura principale governata dalla legge concorsuale del *comi*, a carico dello stesso debitore possono essere aperte una o più procedure c.d. *locali* in tutti gli Stati membri ove sia possibile individuare una sua “*dipendenza*” ⁽³³³⁾.

A ben guardare, le procedure locali sono riservate agli Stati dell'Unione cui è negata la competenza internazionale ad aprire la procedura principale in capo ad

⁽³³²⁾ A. MAZZONI, *Soluzioni concordatarie*, cit., p. 139.

⁽³³³⁾ S.M. CARBONE, *Il regolamento (CE) n. 1346/2000*, precisa che deve trattarsi della “*dipendenza del medesimo debitore*”; E.F. RICCI, *Le procedure locali*, cit., p. 901.

un determinato debitore. Vi è di più che, una volta accertata la presenza del *comi* in uno Stato membro, si nega alle leggi fallimentari di tutti gli altri Stati, sia la possibilità di regolare la procedura principale, sia quella di estendere, in tal modo, i propri effetti oltre i confini dello Stato di apertura.

Tutte le procedure locali, infatti, siano esse “indipendenti” (cfr. art. 3, par. 2, e par. 4) o “secondarie/dipendenti” (cfr. art. 3, par. 2 e par. 3), si contraddistinguono per la capacità di attrarre i soli beni (*rectius*: i diritti a contenuto patrimoniale) del debitore localizzati nello Stato di apertura ⁽³³⁴⁾. Tale limitazione territoriale, tuttavia, non riguarda “*the body of creditors*”, dal momento che anche le procedure locali sono aperte alla partecipazione di tutti i creditori, locali e stranieri, indipendentemente dal fatto che il loro credito derivi dall’attività condotta tramite la dipendenza.

Le procedure locali secondarie, in particolare, presuppongono che in un altro Stato membro abbia già avuto inizio la procedura principale e sia stata accertata, con la relativa decisione di apertura, non solo la localizzazione del *comi* ⁽³³⁵⁾, ma anche l’insolvenza del debitore ⁽³³⁶⁾. Siffatte procedure dovrebbero garantire, in teoria, oltre ad una maggiore tutela degli interessi di matrice territoriale che

⁽³³⁴⁾ In questi termini: E.F. RICCI, *Le procedure locali*, cit., p. 904, il quale precisa che la regola “*riguarda la composizione dell’attivo*”; P. DE CESARI, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 182; A. CAVALAGLIO, *Spunti in tema di regolamento comunitario*, cit., p. 238; S. DI AMATO, *Le procedure di insolvenza nell’Unione Europea*, cit., p. 699; F. PERSANO, *Il caso Eurofood*, cit., p. 1269; L. FUMAGALLI, *Apertura della procedura principale, competenza giurisdizionale e riconoscimento della decisione*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 326; V. PROTO, *Il regolamento comunitario*, cit., p. 8. Cfr. inoltre l’art. 2, lett. g), Regolamento, secondo cui, per “*Stato membro in cui si trova un bene*”, deve intendersi: per i beni materiali, lo Stato nel cui territorio si trova il bene; per i beni e i diritti che il proprietario o titolare deve far iscrivere in un pubblico registro, lo Stato sotto la cui autorità si tiene il registro; per i crediti, lo Stato nel cui territorio si trova il centro degli interessi principali del terzo debitore, stabilito all’art. 3, par. 1; sul punto v. E.F. RICCI, *Le procedure locali*, cit., p. 905.

⁽³³⁵⁾ A tal riguardo v. L. DANIELE, *Il Regolamento n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza: spunti critici*, in *Dir. fall.*, 2004, I, p. 597 e p. 598, il quale evidenzia che il criterio della dipendenza è in qualche modo subordinato a quello del *comi*, nel senso che il primo può operare solo se un giudice appartenente ad un diverso Stato membro è competente ai sensi dell’art. 3, par. 1. Ne consegue che, anche in caso di procedure locali indipendenti (art. 3, par. 4), il giudice sarà tenuto a verificare la collocazione del *comi* nel territorio di un altro Stato membro. Sul punto v. anche E.F. RICCI, *Le procedure locali*, cit., p. 912.

⁽³³⁶⁾ In questo modo, il Regolamento sembra incidere direttamente sui presupposti richiesti per l’apertura della procedura locale secondaria, sebbene: i) l’art. 28 stabilisca che alla procedura secondaria si applica la legge dello Stato membro nel cui territorio questa è aperta; ii) e l’art. 4 preveda esplicitamente che la legge in questione determina le condizioni di apertura, lo svolgimento e la chiusura della procedura di insolvenza; sul punto, in questi termini, v. L. DANIELE, *Il Regolamento n. 1346/2000*, cit., p. 610. Si è già avuto modo di osservare, peraltro, che non pochi problemi possono sorgere laddove il presupposto oggettivo della procedura principale non coincida perfettamente con quello della procedura secondaria. Sul punto v. *supra*, cap. I.

potrebbero essere pregiudicati dalla procedura principale (c.d. *defensive function*)⁽³³⁷⁾, anche una più proficua ed efficace gestione dell'attivo (c.d. *auxiliary function*), nei casi in cui:

a1) il patrimonio del debitore sia troppo complesso per essere amministrato unitariamente dal curatore della procedura principale;

a2) le divergenze tra gli ordinamenti giuridici interessati siano tali e tante da rendere difficoltosa l'estensione degli effetti della procedura principale agli altri Stati membri, nei quali i beni del debitore sono concretamente situati⁽³³⁸⁾.

Se il *comi* rappresenta dunque il criterio guida ai fini della distribuzione della giurisdizione per l'apertura della procedura principale a vocazione universale (c.d. *primary jurisdiction*), l'esistenza di una *dipendenza*, al contrario, costituisce il parametro di riferimento, nonché il presupposto, per l'apertura di tutte le procedure locali che caratterizzano il modello *universal modified* europeo (c.d. *secondary jurisdiction*)⁽³³⁹⁾.

La stessa distinzione tra procedura principale e procedure locali si basa, a ben guardare, sul particolare legame giurisdizionale che conduce all'apertura dell'una piuttosto che delle altre: la procedura aperta nello Stato in cui il debitore ha il proprio centro degli interessi principali, infatti, ha carattere tendenzialmente universale; le procedure aperte negli Stati in cui il debitore possiede delle dipendenze (secondarie o indipendenti), per converso, hanno carattere locale ed effetti tendenzialmente limitati allo Stato di apertura⁽³⁴⁰⁾. Dalla qualificazione e

⁽³³⁷⁾ M. VIRGÓS e F. GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation*, cit., p. 156, evidenziano che la *ratio* è quella di assicurare una maggiore protezione ai creditori locali. La maggiore tutela dei propri diritti che i creditori locali e, in particolare, i lavoratori potrebbero assicurarsi con l'apertura di una procedura secondaria è evidenziata da G. MONTELLA, *La procedura secondaria: un rimedio contro il forum shopping del debitore nel Regolamento CE n. 1346/2000*, in *Fallimento*, 2009, p. 1303. Sul punto v. anche L. GAILLOT, *The interpretation by French courts of the EU COMI notion*, cit., spec. p. 12.

⁽³³⁸⁾ Cfr. *considerando* n. 19, ove si precisa anche che, per questo motivo, il curatore della procedura principale può chiedere l'apertura di una procedura secondaria quando ciò sia necessario per una gestione efficace dell'attivo. Sul punto v. B. WESSELS, *International Bankruptcy Law*, in www.iiiglobal.org, p. 491; F. DE SANTIS, *La normativa comunitaria*, cit., p. 102, il quale considera la previsione del *considerando* n. 19 come “*espressione aggiornata del principio di universalità*”.

⁽³³⁹⁾ Sul punto v. E.F. RICCI, *Le procedure locali*, cit., p. 910 e p. 911, il quale, peraltro, considera la dipendenza come criterio guida anche per l'attribuzione della competenza interna; nonché C. FERRI, *Creditori e curatore della procedura principale nel Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza transnazionale*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, p. 707, il quale afferma che il regolamento “*tende invece, nel caso di dimensioni transnazionali delle attività di impresa, a consentire l'esercizio concorrente delle giurisdizioni*”.

⁽³⁴⁰⁾ Sul punto, con specifico riferimento alla *Model Law Uncitral* del 1997 v. J.L. WESTBROOK, *The Model Law in The United States: COMI and Groups*, reperibile in www.iiiglobal.org. (nella

dall'intensità del rapporto che il debitore ha con il territorio di un determinato Stato membro dipendono, pertanto, la qualificazione e l'ampiezza delle procedure concorsuali cui lo stesso debitore è assoggettabile in caso di insolvenza ⁽³⁴¹⁾. A ciò si aggiunga che, mentre i giudici dello Stato del *comi* possono aprire una qualsiasi delle procedure concorsuali indicate dall'Allegato A, che si tratti di una procedura di risanamento o di liquidazione, i giudici degli Stati in cui sono collocate le dipendenze del debitore, dopo l'apertura della procedura principale, possono dar corso solo ad una delle procedure di liquidazione elencate nell'Allegato B ⁽³⁴²⁾. Solo nei casi eccezionali in cui l'apertura di una procedura locale può precedere l'apertura della procedura principale la prima può configurarsi anche quale procedura di risanamento *ex* Allegato A ⁽³⁴³⁾.

Ne consegue che, sull'esatta interpretazione delle norme sulla competenza internazionale si gioca la funzionalità dell'articolazione e del coordinamento delle procedure concorsuali nello spazio giudiziario europeo.

A differenza di quanto accade per il *comi*, il Regolamento fornisce però una definizione esplicita di dipendenza, da intendersi quale luogo di operazioni in cui il debitore esercita in maniera non transitoria un'attività economica con mezzi umani e con beni [cfr. art. 2, lett. h)] ⁽³⁴⁴⁾.

Un primo dubbio da chiarire, vista la dilagante rilevanza del fenomeno, riguarda la possibilità che la nozione di dipendenza utilizzata dal Regolamento sia talmente ampia da comprendere anche la fattispecie della società controllata,

sezione dedicata alla “*Tenth Annual International Insolvency Conference*” – Roma, 7-8 giugno, 2010 – organizzata dall’*International Insolvency Institute*), 2010, p. 6: “*A non main proceeding can be found in a jurisdiction more peripheral to the debtor’s affair*”.

⁽³⁴¹⁾ In questo senso, con specifico riferimento alle convenzioni che hanno preceduto l'adozione del Regolamento v. L. DANIELE, *Fallimento: XVII) Diritto internazionale privato e processuale*, in *Enciclopedia Giuridica*, XIII, Roma, 1998, p. 2.

⁽³⁴²⁾ L'art. 2, lett. c), precisa che le procedure di liquidazione hanno i requisiti di cui all'art. 1, par. 1, e comportano la liquidazione dei beni del debitore, anche se chiuse in seguito ad un concordato o ad altra misura che ponga fine all'insolvenza o chiuse a causa di insufficienza dell'attivo. L'art. 34, par. 1, infatti, stabilisce che tali procedure possono essere chiuse, ove la *lex concursus* lo preveda, senza liquidazione mediante un piano di risanamento, un concordato o una misura analoga: in questo caso, la chiusura della procedura secondaria diviene definitiva “*soltanto con l'assenso del curatore della procedura principale ovvero, mancando tale assenso, qualora la misura proposta non leda gli interessi finanziari dei creditori della procedura principale*”.

⁽³⁴³⁾ Salvo quanto previsto dall'art. 37 in tema di conversione della procedura indipendente.

⁽³⁴⁴⁾ Sulle motivazioni che hanno spinto il legislatore comunitario ad adottare questo tipo di definizione v. I. QUEIROLO, *L'insolvenza transnazionale*, cit., p. 822 e p. 823; nonché R. CAPONI, *Il regolamento comunitario*, cit., c. 223, secondo cui l'accezione di dipendenza sarebbe comunque talmente ampia da comprendere in astratto i fenomeni più diversi: “*dalla locazione di una casa di villeggiatura cui sia adibito un portiere, fino alla società figlia in caso di gruppo di società*”.

inserita in un più ampio gruppo societario e soggetta alle direttive di altra società capogruppo. E' stato correttamente osservato che, in questo caso, il problema dovrebbe essere impostato secondo la logica dell'imputazione dell'attività. In altri termini, bisogna chiedersi se il Regolamento, pur in mancanza di disposizioni specifiche in tema di insolvenze di gruppo, tramite il concetto di dipendenza, ammetta la possibilità di imputare alla società capogruppo, già assoggettata ad una procedura principale in un determinato Stato, anche l'attività svolta in uno Stato diverso per mezzo di una società controllata o eterodiretta, priva di una percettibile autonomia gestionale (c.d. concezione sostanzialistica) ⁽³⁴⁵⁾. Nella sostanza, infatti, questa ipotesi si differenzerebbe poco da quella dello svolgimento della propria attività attraverso una dipendenza non personificata, ovvero non dotata di una propria autonoma soggettività. Se tale imputazione fosse possibile, a carico della società controllata potrebbe essere aperta una procedura secondaria nello Stato in cui si trova la sede statutaria, coordinata con la procedura principale aperta nello Stato in cui è localizzato il *comi* della capogruppo ⁽³⁴⁶⁾. In caso contrario, qualora lo svolgimento in nome proprio di una determinata attività da parte della controllata escluda di per sé la riferibilità e l'imputazione di tale attività alla capogruppo, a carico della prima dovrebbe essere aperta una procedura, anch'essa principale, parallela sotto il profilo patrimoniale e potenzialmente configgente con la procedura aperta a carico della seconda (c.d. concezione formale) ⁽³⁴⁷⁾.

L'idea che la definizione di dipendenza poc'anzi richiamata possa ricomprendere anche l'ipotesi della persona giuridica autonoma sarebbe favorita, tra l'altro, dalla similitudine esistente tra il concetto utilizzato dal Regolamento n.

⁽³⁴⁵⁾ A. MAZZONI, *Osservazioni*, cit., p. 13. V. anche B. WESSELS, *International Jurisdiction*, cit., p. 19, secondo il quale, il *considerando* n. 19 sembrerebbe consentire, in circostanze particolari – “*wholly owned subsidiary in another Member State, when the financial and commercial administration, the IT-platform, etc. are shared with the debtor*” – l'apertura di una procedura secondaria a carico di una sussidiaria, sebbene distinta soggettivamente dalla capogruppo. Sul punto v. anche M. VIRGÓS e F. GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation*, cit., p. 48 e p. 162. Sulle diverse tipologie di gruppi transnazionali v. I. MEVORACH, *Insolvency within Multinational Enterprise Groups*, Oxford, 2009, spec. p. 16 ss.

⁽³⁴⁶⁾ Sul punto v. anche G.M. BUTA, *Gruppi di società e insolvenza transfrontaliera*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, II, p. 210.

⁽³⁴⁷⁾ A. MAZZONI, *op. loc. ult. cit.*

1346/2000 e quello affine di “*succursale, filiale o altra sede di attività*”, cui fa invece riferimento l’art. 5, n. 5, del Regolamento n. 44/2001 ⁽³⁴⁸⁾.

Pare necessario, pertanto, verificare se sia possibile (oltre che opportuno), nel delineare i contorni della dipendenza, avvalersi dei risultati ermeneutici raggiunti dalla dottrina e dalla giurisprudenza nell’interpretazione di concetti analoghi, contenuti in altri provvedimenti di matrice comunitaria. A tal riguardo, va però osservato che tale possibilità viene sostanzialmente negata ⁽³⁴⁹⁾, sostenendo che la nozione di dipendenza rilevante ai fini della disciplina comunitaria delle insolvenze transfrontaliere dovrebbe essere interpretata autonomamente, non solo rispetto alle singole leggi nazionali, ma anche rispetto alla nozione di “*succursale*” contenuta nelle disposizioni dell’art. 5, n. 5, del Regolamento CE n. 44/2001.

Questa presa di posizione è comprensibile solo se tiene conto dell’ampia accezione del concetto di “*succursale*” accolta dalla giurisprudenza comunitaria. Più in particolare, la Corte di Giustizia ha avuto modo di chiarire che:

b1) le nozioni utilizzate dall’art. 5, n. 5, del Regolamento CE n. 44/2001, presuppongono la subordinazione della succursale alla direzione e al sindacato della casa madre; in altri termini, una succursale (così come una filiale o un’altra sede di attività) deve rappresentare un centro operativo e duraturo, che si manifesta all’esterno come un’estensione della casa madre, dotato di mezzi tali da poter concludere affari *in loco* con i terzi, i quali, dal loro canto, pur consapevoli che un eventuale rapporto giuridico si instaurerà con la casa madre, sono dispensati dal rivolgersi direttamente a questa ⁽³⁵⁰⁾;

b2) l’art. 5, n. 5, del Regolamento CE n. 44/2001, inoltre, si applica anche alle persone giuridiche che, pur non avendo una succursale (una filiale o un’altra sede di attività) priva di autonomia in un altro Stato membro, svolgono le proprie attività in quello Stato tramite un’autonoma società; sicché, anche la società

⁽³⁴⁸⁾ L’art. 5, n. 5, del Regolamento n. 44/2001, nelle controversie concernenti l’esercizio di una succursale, di un’agenzia o di qualsiasi altra sede di attività, attribuisce giurisdizione speciale “*al giudice del luogo in cui essa è situata*”. Sul punto v. I. QUEIROLO, *Insolvenza transnazionale*, cit., p. 823 e p. 824. Favorevole all’accostamento delle due nozioni sembra L. DANIELE, *Il Regolamento N. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza: spunti critici*, in P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova, 2004, p. 289.

⁽³⁴⁹⁾ S. RIEDEMANN, in *European Insolvency Regulation*, K. PANNEN (ed.), cit., p. 61. Sul punto v. anche B. WESSELS, *International Jurisdiction*, cit., p. 19; M. VIRGÓS e F. GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation*, cit., p. 158.

⁽³⁵⁰⁾ Cfr. Corte di Giustizia CE, 6 ottobre 1976, in causa C-14/76, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 1977, pp. 176 ss.; Corte di Giustizia CE, 22 novembre 1978, in causa C-33/78, *Somafer SA c. Saar-Ferngas AG*, in *Foro it.*, 1979, IV, c. 245.

sussidiaria dovrebbe essere considerata alla stregua di una succursale (di una filiale o di un'altra sede di attività) della società madre ⁽³⁵¹⁾).

Ebbene, pur dando atto dell'esistenza di questa giurisprudenza di segno estensivo, la dottrina ha manifestato forti dubbi circa la possibilità di sovrapporre integralmente la nozione di “*dipendenza*” del Regolamento n. 1346/2000 a quella di “*succursale, agenzia o altra sede di attività*” del Regolamento n. 44/2001. La prima, infatti, richiederebbe l'esistenza di un rapporto diretto tra il debitore in crisi e l'attività svolta in “*qualsiasi luogo di operazioni*”, il che non porrebbe di per sé problemi di compatibilità con il primo orientamento giurisprudenziale descritto *sub b1*); in quest'ottica, tuttavia, a differenza di quanto sostenuto dal secondo orientamento giurisprudenziale richiamato *sub b2*), la dipendenza dovrebbe essere intesa come entità priva di personalità giuridica autonoma, non distinguibile soggettivamente dal debitore sottoposto altrove alla procedura principale ⁽³⁵²⁾. In relazione ad ogni singolo debitore, pertanto, dovrebbe essere vagliata dapprima la collocazione del *comi* ⁽³⁵³⁾ e, solo eventualmente, l'esistenza di dipendenze in altri Stati membri.

E' stato osservato, inoltre, che nella stesura del Regolamento il legislatore comunitario aveva chiaro in mente un tipo di debitore ben preciso, sebbene residuale nell'organizzazione dell'attività d'impresa di carattere transfrontaliero: quello delle persone fisiche o giuridiche considerate nella loro solitudine

⁽³⁵¹⁾ Corte di Giustizia CE, 9 dicembre 1987, in causa C-218/1986, *SAR Schotte c. Parfums Rothschild*, in *Foro it.*, 1988, IV, c. 341. Per analoghe considerazioni sull'interpretazione estensiva del concetto di succursale v. M.A. LUPOI, *Conflitti di giurisdizioni*, cit., pp. 1408 ss.

⁽³⁵²⁾ Così M.A. LUPOI, *Conflitti di giurisdizioni*, cit., p. 1409. Nello stesso senso: P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 77; G. U. TEDESCHI, *Procedura principale e procedure secondarie nel regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2003, I, p. 540 e p. 547; P.J. OMAR, *European Insolvency Law*, cit., p. 98; L. DANIELE, *Il Regolamento n. 1346/2000*, cit., p. 601 e p. 602; F. CORSINI, *Profili transnazionali*, cit., p. 255; S. DI AMATO, *Il Regolamento (CE) n. 1346/2000*, cit., p. 104; D. GALLETTI, *L'insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 549, nt. 10; in giurisprudenza v. Trib. Aosta, 26 ottobre 2005, in www.giuraemilia.it. Nel senso che le società sussidiarie potrebbero essere considerate dipendenze della capogruppo ai sensi dell'art. 3, par. 2, sembra essere orientato D.U. SANTOSUOSSO, *L'insolvenza nei gruppi transfrontalieri tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Dir. fall.* 2003, I, 667. Sul punto v. anche M. DE CRISTOFARO, *Nuovo coordinamento delle giurisdizioni in Europa*, in *Int'l Lis*, 2002, 2, p. 89, secondo il quale è vero che la dipendenza non dovrebbe comunque poter avere una personalità giuridica autonoma e distinta rispetto all'entità sottoposta a procedura concorsuale in un altro Stato contraente, ma una simile interpretazione finirebbe con lo svuotare di ogni significato le norme del Regolamento. Con specifico riferimento alle convenzioni che hanno preceduto il Regolamento v. P. GOTTWALD, *Le insolvenze trans-frontaliere: tendenze e soluzioni europee e mondiali*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1999, p. 155.

⁽³⁵³⁾ P.J. OMAR, *European Insolvency Law*, cit., p. 98, in relazione al *comi*, precisa che “*the criterion of jurisdiction must be established for each separate legal entity*”.

soggettiva ⁽³⁵⁴⁾. In altre parole, la mancanza di norme specificamente dedicate alle insolvenze di gruppo dovrebbe essere considerata il frutto di una scelta legislativa consapevole e ben ponderata ⁽³⁵⁵⁾. Questa impostazione di partenza, peraltro, sembra risuonare in tutte le espressioni più significative utilizzate nel Regolamento: “procedura principale”, “dipendenza”, “procedura secondaria”, “Stato in cui si trovano i beni” del debitore, sono tutti termini che presuppongono implicitamente il riferimento ad un unico debitore. Vi è di più che la stessa Corte di Giustizia, chiamata successivamente ad esprimersi proprio sulla individuazione del *comi* in caso di insolvenze di gruppo, ha escluso l’applicabilità del Regolamento a tale fattispecie ⁽³⁵⁶⁾.

A ciò si aggiunga che:

c1) ai sensi dell’art. 27, le procedure locali secondarie vengono aperte negli Stati delle dipendenze senza che sia (ri)esaminata l’insolvenza del debitore, dando per scontato che il presupposto oggettivo sia già stato accertato, proprio in relazione a quel determinato debitore, dal giudice che ha aperto la procedura principale nello Stato del *comi* ⁽³⁵⁷⁾;

⁽³⁵⁴⁾ M.M. WINKLER, *Le procedure concorsuali relative ad imprese multinazionali: la Corte di giustizia si pronuncia sul caso Eurofood*, in *Int’l Lis*, 2007, p. 17. Nello stesso senso: K. PANNEN, *op cit.*, p. 128; M. VIRGÓS e E. SCHMIT, *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, Doc. Consiglio 6500/96/EN, Bruxelles, 1996, cit., par. 76: “jurisdiction must exist (...) for each of the concerned debtors with separated legal entity”. Lo stesso A. MAZZONI, *Cross-Border Insolvency of multinational group of companies: proposal for an European approach in the light of the Uncitral approach*, in *Dir. comm. internaz.*, 2010, p. 756, conferma che la scelta del Regolamento (così come quella della *Model Law Uncitral* del 1997) è quella di disciplinare “the situation in which the insolvent debtor (...) is structurally a sole debtor”.

⁽³⁵⁵⁾ G. MOSS, *Group insolvency*, cit., p. 1006; L. DANIELE, *op. loc. ult. cit.* Sul punto v. anche I. MEVORACH, *Insolvency within Multinational Enterprise Groups*, cit., p. 93.

⁽³⁵⁶⁾ Corte di Giustizia CE, 2 maggio 2006, in causa C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd*, cit., punto n. 30, laddove, riprendendo le stesse parole del *Report Virgós-Schmit*, si afferma che “*esiste una specifica competenza giurisdizionale per ciascun debitore costituente un’entità giuridicamente distinta*”. Sul punto v. però A. MAZZONI, *Osservazioni*, cit., p. 13, il quale evidenzia che “*questo è un risultato [la non applicabilità del Regolamento ai gruppi] cui è pervenuta la Corte di Giustizia in sede di interpretazione del Regolamento, non già in forza di una norma espressa dello stesso*”.

⁽³⁵⁷⁾ In questo senso v. anche F. CORSINI, *Profili transnazionali*, cit., p. 254: “*l’esame dell’insolvenza non è neppure necessario, giacché la procedura locale secondaria è aperta nei confronti di quel medesimo debitore già coinvolto nella procedura principale*”; nonché F. DE SANTIS, *La normativa comunitaria*, cit., p. 110. Va osservato, peraltro, che nella *Model Law Uncitral* 1997 il riconoscimento della procedura principale determina, nello Stato in cui può essere aperta una procedura locale, solo una presunzione semplice circa la sussistenza dello stato di insolvenza del debitore (cfr. art. 35). Nel nostro ordinamento, la disciplina dell’amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza (d. lgs. 8 luglio 1999, n. 270) prevede che “*le imprese del gruppo soggette alle disposizioni sul fallimento, che si trovano in stato di insolvenza, possono essere ammesse all’amministrazione straordinaria indipendentemente dal possesso dei requisiti previsti dall’art. 2*” (art. 81, co. 1): ciò equivale a dire che l’accertamento dell’insolvenza deve essere compiuto separatamente per ogni impresa del gruppo, in virtù della distinta soggettività giuridica di ogni soggetto coinvolto. Da ultimo, peraltro, Cass., 18 novembre

c2) ai sensi dell'art. 32, par. 1, ogni creditore può insinuare il proprio credito nella procedura principale e in ciascuna delle procedure secondarie, eventualmente “*pendenti (...) sul patrimonio del debitore*”⁽³⁵⁸⁾;

c3) ai sensi dell'art. 35, se la liquidazione dell'attivo di una procedura secondaria consente di soddisfare tutti i crediti ammessi in questa procedura, il curatore ad essa preposto è tenuto a trasferire senza ritardo il residuo al curatore della procedura principale, ad ulteriore conferma del consolidamento sostanziale delle masse attive e passive delle due procedure⁽³⁵⁹⁾;

c4) l'apertura di una o più procedure locali secondarie è solo eventuale, dal momento che la procedura principale aperta nello Stato del *comi* dovrebbe essere già in grado, come tale, di riverberare i propri effetti in tutti gli altri Stati membri, coinvolgendo anche le dipendenze estere del debitore e tutti i beni e le attività ad esse afferenti⁽³⁶⁰⁾.

E' piuttosto evidente che il comune denominatore delle norme appena richiamate sembra essere il riferimento alla figura del debitore come unico soggetto, con conseguente esclusione della possibilità di allargare in via interpretativa la nozione di dipendenza anche alla figura della società controllata o eterodiretta⁽³⁶¹⁾.

2010, n. 23344, in www.ilcaso.it, ha affermato che “*ai fini della dichiarazione di fallimento di una società, che sia inserita in un gruppo (...) l'accertamento dello stato di insolvenza deve essere effettuato con esclusivo riferimento alla situazione economica della società medesima, poiché, nonostante tale collegamento o controllo, ciascuna di dette società conserva propria personalità giuridica ed autonoma qualità di imprenditore, rispondendo con il proprio patrimonio soltanto dei propri debiti*”; nello stesso senso Cass., 21 gennaio 1999, n. 521, in *Corr. giur.*, 1999, 1529; Cass., 16 luglio 1992, n. 8656, in *Dir. fall.*, 1993, II, 381.

⁽³⁵⁸⁾ Questa è l'espressione utilizzata dal *considerando* n. 21.

⁽³⁵⁹⁾ Sul punto v. I. MEVORACH, *Insolvency within Multinational Enterprise Groups*, cit., p. 92, ove si parla di “*consolidation of any surplus left over at the conclusion of the secondary proceedings*”; F. PERSANO, *Il caso Eurofood, ovvero la contestuale apertura di due procedure principali di insolvenza nello spazio giudiziario europeo*, in *Fallimento*, 2004, p. 1270; F. MÈLIN, *La posizione dei creditori nelle procedure concorsuali aperte nell'Unione Europea ai sensi del Regolamento n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2004, I, p. 1121 e p. 1122, il quale evidenzia che si tratta di un caso “*sicuramente raro, ma (...) non da escludere*”.

⁽³⁶⁰⁾ M.A. LUPOLI, *Conflitti di giurisdizioni*, cit., p. 1410.

⁽³⁶¹⁾ In questi termini R. CAPONI, *Il Regolamento comunitario*, cit., c. 223; nello stesso senso v. B. WESSELS, *The Ongoing struggle of Multinational Groups of Companies under the EC Insolvency Regulation*, in *European Company Law*, Vol. 6, Issue 4, August 2009, p. 169, secondo cui il Regolamento si basa sulla regola “*one debtor-one estate-one proceeding*”. Peraltro, anche le più recenti proposte elaborate in tema di insolvenze di gruppi transfrontalieri partono dal presupposto che il *comi* debba essere individuato in relazione ad ogni singola società del gruppo. In questo senso v. S.L. BUFFORD, *Enterprise centre of main interests principles – A proposal*, reperibile in www.iiiglobal.org, nella sezione dedicata alla “*Tenth Annual International Insolvency Conference*” (Roma, 7-8 giugno, 2010), organizzata dall'*International Insolvency Institute*.

D'altro canto, esaminando la questione nell'ottica del diritto societario, la dottrina ha evidenziato come il riconoscimento alla nozione di dipendenza di uno spettro talmente ampio, tale da contenere anche la fattispecie dell'impresa satellite dotata di distinta personalità giuridica, significherebbe annullare l'organizzazione societaria del gruppo, degradando le società controllate al rango di mere succursali operative ⁽³⁶²⁾.

Va detto, infine, che il “*separate entity approach*” ha rappresentato la regola generale applicata in sede UNCITRAL nella recente elaborazione di nuove proposte e raccomandazioni, dedicate al trattamento delle insolvenze (domestiche e transfrontaliere) di gruppo ⁽³⁶³⁾.

Negata in tal modo la possibilità di considerare la società controllata alla stregua di una dipendenza ⁽³⁶⁴⁾, il secondo nodo da sciogliere concerne l'analisi degli elementi qualificanti indicati dall'art. 2, lett. h), del Regolamento. A tal riguardo, si può senz'altro osservare che, sebbene anche la localizzazione delle dipendenze, al pari di quella del *comi*, sia strettamente correlata alle risultanze fattuali del caso concreto ⁽³⁶⁵⁾, il Regolamento menziona esplicitamente tre distinti fattori:

dl) l'esercizio di un'attività economica ⁽³⁶⁶⁾, il che dovrebbe escludere la possibilità di attribuire rilevanza alla mera presenza di beni del debitore in un determinato Stato membro ⁽³⁶⁷⁾;

⁽³⁶²⁾ L'osservazione è di M. FABIANI, *Gruppi d'impresa ed insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 95 e p. 98; ID., *Diritto fallimentare*, cit., p. 49; ed è ripresa anche da P. CATALLOZZI, *Il regolamento europeo*, cit., p. 1260. Sul punto v. anche G. MOSS, *Group insolvency – choice of forum and law*, cit., p. 1014, il quale, in relazione al “*pragmatic approach*” utilizzato dalle corti inglesi per la individuazione del *comi* nei casi di insolvenze di gruppo, afferma che “*it preserves the legal personality of the subsidiary which is not considered as a branch of the parent company within the meaning of Regulation 1346/2000*”.

⁽³⁶³⁾ Il 21 luglio 2010 sono stati approvati dalla Commissione UNCITRAL i lavori del “*Working Group V*”, che ha proposto l'aggiunta di una “*Part III*” – a sua volta distinta in tre sezioni – alla *Legislative Guide on Insolvency*, dedicata in modo specifico al “*Treatment of enterprise groups in insolvency*”. Il testo della “*Part III*” è reperibile sul sito web www.uncitral.org. Sul punto v. A. MAZZONI, *Cross-Border Insolvency*, cit., p. 759, il quale afferma che: i) la “*substantive consolidation is presented as justifiable in extreme cases only*”; ii) “*the predominant approach and rule remains the separation of the legal entities and their respective assets*”, nei casi di insolvenze di gruppo, sia domestiche che transfrontaliere.

⁽³⁶⁴⁾ Il che di certo non basta a risolvere in modo soddisfacente il problema del trattamento delle insolvenze di gruppo. Sul punto v. *infra*, cap. III.

⁽³⁶⁵⁾ B. WESSELS, *International Jurisdiction*, cit., p. 11: “*establishment is fact-specific*”.

⁽³⁶⁶⁾ Nel senso che, in questo modo, lo stesso Regolamento imporrebbe un autonomo requisito soggettivo di apertura v. S. DI AMATO, *op. loc. ult. cit.* Cfr. anche App. Torino, 10 marzo 2009, cit., p. 1297, secondo cui il Regolamento richiede in tal modo che sia soddisfatta “*una condizione oggettiva di ammissibilità della procedura secondaria*”; anche sotto questo punto di vista,

d2) la natura non transitoria di tale attività, da valutare necessariamente caso per caso, a prescindere dalle intenzioni del debitore ⁽³⁶⁸⁾;

d3) l'impiego cumulativo, con un livello minimo di organizzazione, di mezzi umani e di beni ⁽³⁶⁹⁾.

Ne consegue che i giudici comunitari intenzionati ad aprire procedure di insolvenza a carattere locale (secondarie o indipendenti) dovrebbero verificare, innanzi tutto, se esiste nello Stato del foro un centro di operazioni riconducibile al debitore insolvente, ossia un luogo in cui lo stesso debitore esercita la sua attività economica; inoltre, occorrerebbe accertare che tale attività sia organizzata e non transitoria, giacché un luogo di operazioni occasionali non potrebbe essere definito alla stregua di una dipendenza dell'impresa insolvente, tale da giustificare l'apertura di una procedura concorsuale a suo carico ⁽³⁷⁰⁾.

Peraltro, va precisato che, nella definizione del concetto di dipendenza, l'art. 2, lett. h), del Regolamento utilizza una formula negativa: non si richiede, in effetti, che la dipendenza abbia carattere stabile, ma semplicemente che il debitore

pertanto, il concetto di dipendenza si differenzerebbe rispetto a quello di *comi*. Va osservato, peraltro, che il criterio dell'esercizio dell'attività economica trova un ulteriore riscontro nelle disposizioni dell'art. 3, par. 4, lett. b), laddove si stabilisce, per l'apertura di una procedura locale indipendente, che l'apertura di tale procedura sia richiesta da un creditore il cui domicilio, residenza abituale o sede è situata nello Stato membro nel quale si trova la dipendenza in questione, ovvero il cui credito deriva dall'esercizio di tale dipendenza.

⁽³⁶⁷⁾ In questo senso: S. RIEDEMANN, *op. cit.*, p. 62, secondo la quale, peraltro, “*the activity needs not to be geared to profit making*”; nonché M. VIRGÓS e E. SCHMIT, *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, Doc. Consiglio 6500/96/EN, Bruxelles, 1996, cit., par. 80. V. anche M. VIRGÓS e F. GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation*, cit., p. 17; F. DE SANTIS, *La normativa comunitaria*, cit., p. 110; A. MAZZONI, *Osservazioni*, cit., p. 11. Da ultimo v. Corte di Giustizia CE, 20 ottobre 2011, in causa C-396/09, *Interedil*, cit., spec. punti nn. 62 e 64.

⁽³⁶⁸⁾ In questo senso v. S. RIEDEMANN, *op. loc. ult. cit.*: “*a certain degree of permanence is therefore required*”. Sul punto v. anche: P.J. OMAR, *European Insolvency Law*, cit., p. 95: “*the definition requires that the economic activity reflects an element of permanence*”; M. VIRGÓS e E. SCHMIT, *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, Doc. Consiglio 6500/96/EN, Bruxelles, 1996, cit., par. 71.

⁽³⁶⁹⁾ Per la giurisprudenza straniera cfr. Commercial Court of Tongeren (Belgium), 31 marzo 2003, A.R. A/03/1126, *Procureur des Konings v BVHE*, inerente il caso di una società sussidiaria con *comi* nei Paesi Bassi, la cui attività economica in territorio belga è stata ritenuta sufficiente alla configurazione di una dipendenza, con conseguente apertura di una procedura territoriale indipendente ex art. 3, par. 4, Regolamento. Nel senso che è richiesto “*a minimum of organization*” v. K. PANNEN, *op. cit.*, p. 127. Sul punto anche B. WESSELS, *International Jurisdiction*, cit., p. 11: “*An office or a shop will qualify as an establishment, not an incidental storage in a warehouse*”.

⁽³⁷⁰⁾ Così I. QUEIROLO, *L'insolvenza transnazionale*, cit., p. 824, la quale sottolinea che tutti i requisiti indicati sono però rintracciabili anche nella nozione di succursale così come definita dalla Corte di Giustizia, in relazione all'art. 5 del Regolamento CE n. 44/2001; Id., *Apertura di una procedura principale di insolvenza e provvedimenti esecutivi in altro Stato membro*, in *Fallimento*, 2010, p. 918. Sul punto v. anche S.M. CARBONE, *Il Regolamento (CE) n. 1346/2000*, cit., p. 104. Sotto questo punto di vista, la non transitorietà della dipendenza ricorda la “*gestione abituale*” degli interessi di cui al *considerando* n. 13.

eserciti attività economica in maniera “*non transitoria*”. Tale scelta terminologica è stata probabilmente dettata dalla volontà di evitare che fossero necessari periodi di tempo eccessivamente lunghi per ritenere integrata la fattispecie ⁽³⁷¹⁾.

La dottrina italiana che maggiormente si è occupata del tema delle insolvenze transfrontaliere comunitarie è poi divisa sulla necessità che l’attività riconducibile alla dipendenza sia anche rivolta verso l’esterno. In senso contrario, si è di recente sostenuto che tale requisito, aggiuntivo rispetto ai tre già esaminati, oltre a non essere esplicitamente richiesto dall’art. 2, lett. *h*), sarebbe comunque irrilevante nell’ipotesi in cui, in un determinato Stato membro, si collochi, ad esempio, “*un laboratorio di ricerca (...) la cui attività sia solo interna e destinata alle esigenze dell’imprenditore che ha il proprio COME*” in uno Stato diverso; non vi sarebbero, in questo caso, motivi ostativi a considerare tale laboratorio alla stregua di una dipendenza, idonea a radicare una procedura secondaria ⁽³⁷²⁾. Altra parte della dottrina, che al momento pare prevalente, attribuisce invece valore dirimente al fatto che, tramite le sue dipendenze, il debitore eserciti un’attività rilevante verso l’esterno, ossia verso i soggetti con cui il debitore stesso entra in rapporto; a guardar bene, proprio questo carattere assumerebbe rilievo centrale nell’economia della disposizione, la quale dovrebbe peraltro contribuire a garantire le aspettative dei creditori che si trovano a concludere affari con una determinata impresa operante nel loro Stato ⁽³⁷³⁾. La Corte di Giustizia, dal suo canto, ha recentemente affermato che anche l’esistenza di una dipendenza dovrebbe essere valutata, al

⁽³⁷¹⁾ M. VIRGÓS e E. SCHMIT, *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, Doc. Consiglio 6500/96/EN, Bruxelles, 1996, cit., par. 71.

⁽³⁷²⁾ P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 77. Sembra orientato in questo senso anche M. FABIANI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 50.

⁽³⁷³⁾ In questi termini I. QUEIROLO, *L’insolvenza transnazionale*, cit., p. 824; EAD., *Apertura di una procedura principale di insolvenza*, cit., p. 918. Nello stesso senso: L. DANIELE, *Il Regolamento n. 1346/2000*, cit., p. 600, secondo cui, in virtù delle indubbie analogie tra i due concetti, la differenza tra *comi* e dipendenza si fonderebbe su criteri meramente “quantitativi”. Per la giurisprudenza straniera v. AG Munich, 5 febbraio 2007, *BenQ Mobile Holding BV*, in ZIP, 2007, 495, in cui l’individuazione di una dipendenza rilevante *ex art. 3, par. 2, Regolamento*, in Germania si fonda, tra l’altro, sul fatto che l’attività del debitore era esercitata esternamente in modo riconoscibile per i terzi. In questo senso sembrerebbe orientata anche la dottrina straniera: v. sul punto K. PANNEN, *op. cit.*, p. 127, secondo cui è richiesto “*the carrying out of economic activities on the market*”; nonché M. VIRGÓS e F. GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation*, cit., p. 160 e p. 161; M. VIRGÓS e E. SCHMIT, *Report on the Convention on Insolvency Proceedings*, Doc. Consiglio 6500/96/EN, Bruxelles, 1996, cit., par. 71: “*place of operations means a place from which economic activities are exercised on the market (i.e. externally)*”.

pari della localizzazione del *comi*, sulla base di elementi oggettivi e riconoscibili per i terzi ⁽³⁷⁴⁾.

A differenza del *comi*, la nozione di dipendenza non ha dato vita ad una vasta e variegata produzione giurisprudenziale. La stragrande maggioranza delle questioni che hanno impegnato i Tribunali dell'Unione riguarda, infatti, l'apertura di procedure concorsuali principali a carico di società incardinate in una struttura di gruppo, oltre che l'individuazione del *comi* in caso di trasferimento fittizio della sede statutaria. Il che, se da un lato dovrebbe confermare la presunta maggiore linearità della definizione fornita dall'art. 2, lett. h), del Regolamento ⁽³⁷⁵⁾, dall'altro, invero, evidenzia la residualità delle ipotesi in cui l'attività di impresa con carattere transnazionale viene concretamente condotta da un unico soggetto (persona fisica o giuridica), mediante un *comi* collocato in uno Stato e l'ausilio di dipendenze allocate in altri Stati ⁽³⁷⁶⁾.

Ciò detto, merita comunque di essere segnalata la decisione con cui la Corte di Appello di Torino, preso atto dell'impossibilità di aprire una procedura principale a carico di una società con sede statutaria in Italia, è stata "costretta" ⁽³⁷⁷⁾ a qualificare come dipendenza della stessa società lo stabilimento italiano presso cui lavoravano circa cinquanta operai, situato, peraltro, nello stesso luogo in cui era fissata la sede legale statutaria ⁽³⁷⁸⁾.

Dopo aver correttamente precisato che il Regolamento non distingue tra sede principale e sedi secondarie dell'impresa, bensì fra *comi* e dipendenza, i giudici piemontesi hanno osservato che, nell'operare tale suddivisione, la disciplina comunitaria neppure afferma che l'una e l'altra debbano essere "connotate da

⁽³⁷⁴⁾ Corte di Giustizia CE, 20 ottobre 2011, in causa 396/09, *Interedil*, cit., spec. punto n. 63.

⁽³⁷⁵⁾ P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 77.

⁽³⁷⁶⁾ A. MAZZONI, *Concordati di gruppi transfrontalieri*, cit., p. 553, precisa che il Regolamento prende in considerazione l'ipotesi meno rilevante in concreto, ossia, "quella del debitore a sé stante (persona fisica o giuridica) che (...) abbia beni e/o creditori anche in altro/i Stato/i membro/i"; Id., *Cross-Border Insolvency*, cit., p. 756, parla esplicitamente di "irrational choice", giustificata solo da ragioni di ordine pratico.

⁽³⁷⁷⁾ Si tratta del caso *Illochroma*, si cui v. *infra*, par. 2.

⁽³⁷⁸⁾ App. Torino, 10 marzo 2009, in *Fallimento*, 2009, pp. 1293 ss., con nota adesiva di G. MONTELLA. Nel senso che è possibile aprire una procedura secondaria nello Stato in cui si trova la sede statutaria della società sussidiaria, sebbene il *comi* sia stato già localizzato nello Stato della controllante e sia stata già aperta una procedura principale, v. Tribunal de Commerce de Versailles, 15 febbraio 2006, *EMTEC Benelux*, in *Rec. Dalloz*, 2006, p. 795, commentata da L. GAILLOT, *The interpretation by French courts of the EU COMI notion*, cit., spec. p. 9 e p. 10.

analoghe strutture produttive, differenziate fra loro in senso quali-quantitativo” ⁽³⁷⁹⁾.

Il *comi*, pertanto, potrebbe anche prescindere dal luogo in cui è ubicato il fattore capitale e dislocata la forza lavoro, tant’è che per le società (e tutte le altre persone giuridiche) si presume semplicemente, salvo prova contraria, che esso coincida con la sede statutaria e non con il principale stabilimento. La dipendenza, al contrario, presuppone un rapporto subalterno rispetto al principale centro direttivo dell’attività di impresa ⁽³⁸⁰⁾, che però non deve necessariamente corrispondere ad una differente struttura produttiva.

1.3.- Le procedure locali indipendenti dalla procedura principale.

Il Regolamento, oltre alle procedure locali secondarie, contempla anche altri tipi di procedure locali, che, al contrario delle prime, si contraddistinguono per un minor tasso di subordinazione nei confronti della procedura principale. Anche per questo motivo, si parla in proposito di procedure locali “*indipendenti*”. L’utilizzo di questa espressione, in particolare, viene generalmente ricondotto al fatto che l’apertura di una procedura locale può avvenire, in presenza di determinati e specifici presupposti, a prescindere dalla preventiva apertura della procedura principale, nello Stato membro in cui è localizzato il *comi* ⁽³⁸¹⁾.

Va da sé che, se la procedura principale è già pendente in un determinato Stato membro, non c’è alcun margine per l’apertura di procedure locali diverse da quelle secondarie. L’importanza di questo limite si coglie osservando che, mentre le procedure secondarie devono essere obbligatoriamente procedure di liquidazione (ossia procedure di cui all’art. 2, lett. c – risultanti dall’Allegato B),

⁽³⁷⁹⁾ App. Torino, 10 marzo 2009, cit., p. 1297. Sembrano condividere questa ricostruzione anche S. AMBROSINI e M. AIELLO, “*Esterovestizione*” e competenza del tribunale fallimentare: il caso *Burani Designer Holding*, in *Crisi di imprese: casi e materiali*, a cura di F. BONELLI, 2011, p. 351.

⁽³⁸⁰⁾ Sotto questo punto di vista, la nozione di “dipendenza” del Regolamento n. 1346/2000 è simile a quella di “succursale” del Regolamento n. 44/2001, così come delineata nelle pronunce della Corte di Giustizia CE.

⁽³⁸¹⁾ Cfr. K. PANNEN, *op. cit.*, p. 130, il quale precisa che ciò potrebbe avvenire anche nel caso in cui una procedura principale già aperta non possa essere riconosciuta, qualora dal suo riconoscimento possano derivare, nello Stato richiesto, effetti contrari all’ordine pubblico (art. 26); P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 81.

quelle indipendenti possono essere finalizzate anche al risanamento e alla riorganizzazione dell'impresa in crisi (ossia procedure di cui all'art. 2, lett. a – risultanti dall'Allegato A). Per questo motivo, al curatore della procedura principale è stata attribuita la facoltà ⁽³⁸²⁾ di chiedere che la procedura indipendente già in corso, rientrante tra quelle dell'Allegato A, sia convertita in una delle procedure di liquidazione indicate nell'Allegato B, sempre che tale conversione si riveli utile per gli interessi dei creditori della procedura principale (cfr. art. 37) ⁽³⁸³⁾; il potere di disporre la conversione spetta, in ogni caso, al giudice competente ai sensi dell'art. 3, par. 2, vale a dire, quello che ha dichiarato l'apertura della procedura indipendente.

Il minor tasso di subordinazione rispetto alla procedura principale, sotto questo punto di vista, consiste nell'attitudine della procedura indipendente a mantenere inalterate le originarie finalità di risanamento e ristrutturazione, sia nel caso di mancata apertura della procedura principale, sia nel caso (quantomeno teoricamente ipotizzabile) di mancata conversione ex art. 37. Peraltro, l'apertura di una procedura indipendente può avvenire solo dopo che il giudice competente abbia verificato, tra l'altro, anche la sussistenza del presupposto oggettivo previsto dalla *lex concursus*, senza quegli automatismi che l'art. 27 introduce per l'apertura delle procedure secondarie ⁽³⁸⁴⁾. Cionondimeno, in caso di successiva apertura della procedura principale, alla procedura locale indipendente aperta per prima si applicano gli articoli da 31 a 35 del Regolamento, ammesso che lo stato della procedura lo consenta ⁽³⁸⁵⁾: si tratta, in particolare, di norme dettate in modo

⁽³⁸²⁾ P.J. OMAR, *European Insolvency Law*, cit., p. 142, parla in proposito di “*option to request*”.

⁽³⁸³⁾ Sul punto v. E.F. RICCI, *Le procedure locali*, cit., p. 918 e p. 919; nonché F. DE SANTIS, *La normativa comunitaria*, cit., p. 111; S. DI AMATO, *Il Regolamento (CE) n. 1346/2000*, cit., p. 105; A. MAZZONI, *Osservazioni*, cit., p. 11.

⁽³⁸⁴⁾ S. DI AMATO, *Le procedure di insolvenza nell'Unione europea*, cit., p. 700. P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 80, ritengono che, in questo caso, “*il giudice richiesto di aprire una procedura principale universale [successiva] si troverà vincolato alla precedente decisione resa da un suo collega di un altro Paese membro di apertura a carico dello stesso debitore di una procedura territoriale indipendente, anche e soprattutto per quanto attiene all'(avvenuto) accertamento della insolvenza*”. La tesi si fonda sul meccanismo di automatico riconoscimento previsto dall'art. 16. Va però detto che, in questo caso, riaffiorerebbero tutti i problemi di coordinamento dovuti alla eventuale eterogeneità dei presupposti oggettivi delle procedure concorsuali nazionali, già evidenziati nel cap. I.

⁽³⁸⁵⁾ Cfr. art. 36 Regolamento. Sul punto v. anche S. DI AMATO, *Le procedure di insolvenza nell'Unione europea*, op. loc. ult. cit., il quale afferma che “*la procedura territoriale diventa procedura secondaria nel caso in cui sia successivamente aperta una procedura principale*”; nonché P. DE CESARI, *Diritto internazionale privato e processuale comunitario*, cit., p. 183.

specifico per le procedure locali secondarie, dalle quali si evince il rapporto di subordinazione rispetto alla procedura principale ⁽³⁸⁶⁾.

E' superfluo osservare che anche l'apertura di una procedura indipendente si fonda sull'accertata esistenza di una "dipendenza" nel territorio degli Stati membri interessati ⁽³⁸⁷⁾. Tale ultima circostanza, tuttavia, non basterebbe di per sé a garantire l'operatività della disciplina comunitaria delle insolvenze transfrontaliere, giacché il Regolamento può trovare applicazione solo se il *comi* del debitore è collocato all'interno dell'Unione ⁽³⁸⁸⁾. In altri termini, sebbene l'apertura di una procedura indipendente possa avvenire in assenza della procedura principale, al pari di quelle secondarie, essa è pur sempre subordinata all'individuazione del *comi* in uno degli Stati membri ⁽³⁸⁹⁾.

Come abbiamo visto, la procedura indipendente può dunque prescindere dalla preventiva apertura della procedura principale. Cionondimeno, è giunto il momento di precisare che il Regolamento ammette tale possibilità soltanto in casi tassativamente previsti (art. 3, par. 4):

a1) allorché, in forza delle condizioni previste dalla legislazione dello Stato membro in cui si trova il *comi*, non si può aprire una procedura di insolvenza principale a vocazione universale a carico del debitore (cfr. art. 3, par. 4, lett. *a*);

a2) allorché l'apertura della procedura indipendente sia richiesta da un creditore il cui domicilio, residenza abituale o sede sono situati nello stesso Stato membro nel quale si trova la dipendenza (cfr. art. 3, par. 4, lett. *b*);

a3) allorché l'apertura della procedura indipendente sia richiesta da un creditore il cui credito deriva proprio dall'esercizio di tale dipendenza (cfr. art. 3, par. 4, lett. *b*) ⁽³⁹⁰⁾.

⁽³⁸⁶⁾ Cfr. art. 33 "*Sospensione della liquidazione*"; art. 34 "*Misure che pongono fine alla procedura secondaria di insolvenza*"; art. 35 "*Residuo dell'attivo della procedura secondaria*". Sul punto v. *infra*, par. 3.

⁽³⁸⁷⁾ Tanto risulta dal combinato disposto dell'art. 3, par. 2, e dell'art. 3, par. 4. In questo senso: P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 79.

⁽³⁸⁸⁾ V. *supra*, nt. 68.

⁽³⁸⁹⁾ In questo senso v. E.F. RICCI, *Le procedure locali*, cit., p. 909 e p. 910, che parla a tal riguardo di "*prima condizione*" da soddisfare per l'apertura di una procedura locale (indipendente o secondaria); P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 80.

⁽³⁹⁰⁾ Sulle motivazioni che hanno spinto il legislatore comunitario a consentire ai creditori di richiedere l'apertura di procedure indipendenti v. M. VIRGÓS e F. GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation*, cit., p. 171.

E' piuttosto evidente che, in tal modo, il Regolamento intende limitare il più possibile i casi in cui procedure concorsuali con effetti locali possano operare indipendentemente dall'esistenza di una procedura principale ⁽³⁹¹⁾.

In concreto, l'ipotesi descritta *sub al)* potrebbe verificarsi tutte le volte in cui un determinato debitore abbia localizzato il proprio *comi* in uno Stato membro che tuttavia non ne contempla la "fallibilità" sotto il profilo soggettivo, da intendere quest'ultimo sia in senso qualitativo che dimensionale ⁽³⁹²⁾. A tal riguardo, è bene ricordare che il Regolamento assegna pur sempre alla legge dello Stato di apertura il compito di individuare, tra l'altro, i presupposti (oggettivi e soggettivi) di assoggettabilità alle procedure concorsuali (cfr. art. 2, par. 2, lett. a) ⁽³⁹³⁾. Sicché, nell'ipotesi in cui debitore sia privo di "*insolvency capacity*" in base alla legge vigente nello Stato del *comi*, a suo carico potranno essere aperte solo procedure locali indipendenti in altri Stati membri, ammesso che questi ultimi, al contrario, ne contemplino la fallibilità, e che ivi siano individuabili delle dipendenze. La procedura indipendente, in questo caso, pur prescindendo dalla previa apertura della procedura principale, conserva una delle caratteristiche peculiari della territorialità, estendendo i propri effetti solo al patrimonio del debitore allocato nello Stato di apertura (art. 3, par. 2). Ciò non toglie che, a tutti i creditori, ovunque domiciliati o residenti, dovrebbe essere consentita, non solo la

⁽³⁹¹⁾ Cfr. *considerando* n. 17. Sul punto v. anche L. FUMAGALLI, *Apertura della procedura principale, competenza giurisdizionale e riconoscimento della decisione*, in *Giur. comm.*, 2007, II, p. 327, spec. nt. 6; L. DANIELE, *Il Regolamento n. 1346/2000*, cit., p. 599: "solo eccezionalmente i giudici della dipendenza possono (...) aprire una procedura territoriale prima e indipendentemente dall'apertura di una procedura principale"; E.F. RICCI, *Le procedure locali*, cit., p. 909.

⁽³⁹²⁾ M. VIRGÓS e F. GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation*, cit., p. 158, parlano a tal proposito di una c.d. *supplementary function* della procedura locale. Per un esempio concreto basta considerare il disposto dell'art. 1, co. 1, l. fall., stando al quale, nel nostro ordinamento sono considerati fallibili i soli imprenditori commerciali, con conseguente esonero dal fallimento, sia dei non imprenditori (c.d. "*fallimento civile*"), sia degli imprenditori agricoli. Sulle motivazioni, non sempre condivisibili, che hanno indotto il legislatore ad introdurre e a conservare tali casi di esonero dal fallimento v. A. BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, Bologna, 2009, pp. 37 ss. Con specifico riferimento agli imprenditori agricoli, va anche detto che il legislatore italiano è di recente intervenuto con il D.L. 6 luglio 2011, n. 98, convertito, con modificazioni, dalla L. 15 luglio 2011, n. 111, estendendo agli imprenditori agricoli in stato di crisi o di insolvenza la possibilità di accedere agli accordi di ristrutturazione dei debiti ed alla transazione fiscale previsti dalla legge fallimentare (cfr. art. 23, D.L. 6 luglio 2011, n. 98, spec. comma 43).

⁽³⁹³⁾ B. WESSELS, *International Bankruptcy law*, cit., p. 484: "*lex concursus shall determine (...) against which debtors insolvency proceedings may be brought on account of their capacity*".

partecipazione al concorso, ma anche l'assunzione dell'iniziativa finalizzata all'apertura della procedura indipendente ⁽³⁹⁴⁾.

Le fattispecie descritte *sub a2)* e *sub a3)* sembrano invece distinguersi, rispetto a quella poc'anzi esaminata, per una maggiore accentuazione dei profili di territorialità della corrispondente procedura. Anche in questi casi, infatti, gli effetti della procedura concorsuale si estendono ai soli beni del debitore che si trovano nello Stato di apertura. Solo in questi casi, tuttavia, il Regolamento individua direttamente la categoria di soggetti legittimati ad assumere l'iniziativa per l'apertura della procedura, circoscrivendola ai "*creditor[i] il cui domicilio, residenza abituale o sede è situata nello Stato membro nel quale si trova la dipendenza (...), ovvero il cui credito deriva dall'esercizio di tale dipendenza*" ⁽³⁹⁵⁾.

A ben guardare, la disciplina comunitaria impone in tal modo più di una restrizione:

b1) in primo luogo, indipendentemente da quanto stabilito dalla *lex concursus*, i legittimati a chiedere l'apertura della procedura locale a carico del debitore, prima che sia aperta la procedura principale nello Stato del *comi*, dovrebbero essere i soli creditori e non altri soggetti;

b2) in secondo luogo, è richiesto che tali creditori possiedano una ulteriore qualifica, dovendo essere anch'essi "localizzati" nello Stato in cui si trova la dipendenza, oppure vantare ragioni di credito derivanti dall'attività posta in essere dal debitore tramite la dipendenza ⁽³⁹⁶⁾.

Quest'ultimo aspetto, in particolare, sembrerebbe confermare la tesi sostenuta dalla dottrina prevalente, secondo cui, per l'individuazione di una "dipendenza", sarebbe necessario che l'attività non transitoria, svolta del debitore nel "*luogo di operazioni*", si manifesti anche all'esterno, ovvero "*on the market*" ⁽³⁹⁷⁾.

L'indicazione dettagliata dei soggetti che possono provocare l'apertura di una procedura indipendente stimola almeno altre due considerazioni: una inerente

⁽³⁹⁴⁾ In questo senso v. P. DE CESARI e G. MONTELLA, *L'insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 79 e 80, i quali giungono a questa conclusione evidenziando la differente formulazione dell'art. 3, par. 4, lett. *a*), rispetto a quella dell'art. 3, par. 4, lett. *b*).

⁽³⁹⁵⁾ A tal riguardo, L. DANIELE, *Il Regolamento n. 1346/2000*, cit., p. 599, parla di "*soggetti meritevoli di particolare tutela da parte dello Stato della dipendenza*".

⁽³⁹⁶⁾ Sul punto v. App. Milano, 14 maggio 2008, in *Fallimento*, 2009, p. 66.

⁽³⁹⁷⁾ V. *supra*, nt. 373.

all'impatto della disciplina comunitaria sul diritto fallimentare interno, l'altra relativa ai rapporti tra procedure locali e procedura principale.

Iniziando dalla prima, bisogna ricordare che tra le *insolvency proceedings* dell'Allegato A figurano attualmente sia il fallimento che il concordato preventivo e che anche le procedure indipendenti possono essere legittimamente individuate tra quelle indicate in tale Allegato. A questo punto, è possibile constatare che l'impatto del Regolamento sul diritto fallimentare italiano si diversifica a seconda della procedura concorsuale di volta in volta interessata. Il catalogo ristretto dei legittimati ex art. 3, par. 4, lett. b), del Regolamento, infatti, dovrebbe tradursi in una compressione dei soggetti che, in base alla nostra legge concorsuale, possono assumere l'iniziativa per l'apertura del fallimento ⁽³⁹⁸⁾, qualora quest'ultimo assuma le sembianze di una procedura locale indipendente. Il che, se per il ricorso di "autofallimento" pare comprensibile in un'ottica di contrasto al *forum shopping*, sembra però meno giustificabile per la richiesta del P.M., dal momento che essa si fonda sulla segnalazione di circostanze ⁽³⁹⁹⁾ che difficilmente la renderebbero riconducibile alla volontà dello stesso debitore di ottenere, in modo artificioso, l'applicazione di una legge concorsuale più favorevole.

Per quanto riguarda il concordato preventivo, al contrario, il Regolamento sembra produrre un effetto completamente opposto, consistente nel radicale stravolgimento dei soggetti legittimati a richiederne l'apertura. Come è noto, infatti, il nostro concordato preventivo è riservato alla sola iniziativa dell'imprenditore commerciale in stato di crisi ⁽⁴⁰⁰⁾. Qualora però tale procedura debba essere aperta come procedura locale indipendente, vale a dire, nel caso in cui il *comi* dell'imprenditore commerciale in stato di crisi sia collocato in uno

⁽³⁹⁸⁾ L'art. 6 l. fall. stabilisce che il fallimento è dichiarato su "ricorso" del debitore, di uno o più creditori o su "richiesta" del pubblico ministero. Nello stesso senso del testo v. D. GALLETI, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 551.

⁽³⁹⁹⁾ L'art. 7 l. fall. stabilisce che il P.M. può presentare la richiesta di fallimento quando l'insolvenza risulta: a) nel corso di un procedimento penale, ovvero dalla fuga, dalla irreperibilità o dalla latitanza dell'imprenditore, dalla chiusura dei locali dell'impresa, dal trafugamento, dalla sostituzione o dalla diminuzione fraudolenta dell'attivo da parte dell'imprenditore; b) dalla segnalazione proveniente dal giudice che l'abbia rilevata nel corso di un procedimento civile.

⁽⁴⁰⁰⁾ Cfr. art. 160, co. 1, l. fall. Nel senso che la procedura di *administration* inglese, pensata per il salvataggio dell'impresa, può essere instaurata anche su domanda di un creditore v. M. GUERNELLI, *Il diritto inglese dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2009, I, pp. 871 e 872. Per quanto riguarda il *Chapter 11* del *Bankruptcy Code* in vigore negli USA, nel senso che la procedura si apre con l'istanza di ammissione che può essere "sia volontaria, se presentata dal debitore, che involontaria se presentata da parte dei creditori e delle altre parti interessate" v. P. MANGANELLI, *Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari a confronto*, in *Fallimento*, 2011, p. 135.

Stato diverso dall'Italia, il monopolio che la nostra legge fallimentare assicura all'iniziativa del medesimo imprenditore sembrerebbe dissolversi ad esclusivo vantaggio di alcune categorie di creditori: quelli "localizzati" nello Stato membro nel quale si trova la dipendenza (in questo caso l'Italia) e quelli il cui credito derivi dall'esercizio di tale dipendenza. In altre parole, il concordato preventivo di un imprenditore commerciale con *comi* collocato al di fuori del territorio italiano, ma dotato di una dipendenza in Italia, pur non potendo essere configurato quale procedura principale, potrebbe essere "recuperato" come procedura locale indipendente; in questo caso, tuttavia, l'apertura della procedura sembrerebbe rimessa all'iniziativa esclusiva di determinate classi di creditori. Per contro, nei casi in cui è consentita l'apertura del concordato preventivo quale procedura locale secondaria, il novero dei soggetti legittimati ad assumere l'iniziativa si allarga nuovamente, sino a ricomprendere il curatore della procedura principale.

Quanto al rapporto tra procedure locali e procedura principale, infine, va osservato che il Regolamento sembra mostrare nei confronti delle prime un differente atteggiamento: mentre l'apertura delle procedure locali indipendenti è ostacolata nei modi che abbiamo appena descritto, quella delle procedure locali secondarie è in qualche modo facilitata, sia perché l'art. 27 riduce il catalogo dei presupposti che il giudice è tenuto a verificare, sia perché l'art. 29 espande la categoria dei legittimati a richiederne o a provocarne l'apertura ⁽⁴⁰¹⁾. Autorevole dottrina ha però evidenziato che tale rilievo, per quanto formalmente corretto, potrebbe illudere l'interprete, inducendolo a considerare le procedure indipendenti come "*qualche cosa di configgente*" con la procedura principale e quelle secondarie, per converso, come "*qualche cosa di ausiliario*" ⁽⁴⁰²⁾; in realtà, bisognerebbe ammettere senza alcuna remora che tutte le procedure locali (indipendenti o secondarie che siano) si rapportano a quella principale-universale

⁽⁴⁰¹⁾ L'art. 29 del Regolamento, in particolare, stabilisce che l'apertura di una procedura secondaria può essere chiesta: *i)* dal curatore della procedura principale; *ii)* nonché da qualsiasi altra persona o autorità legittimata a chiedere l'apertura di una procedura di insolvenza secondo la legge dello Stato membro nel cui territorio è chiesta l'apertura della procedura secondaria. Nel senso che una delle caratteristiche peculiari della "*universalità controllata*" consista proprio nell'attribuzione al curatore del "*fallimento principale*" del potere di chiedere l'apertura di un "*fallimento secondario*" ("*e di partecipare in detto fallimento sul piano dell'ammissione dei vari creditori allo stato passivo e del riparto dell'attivo*") v. L. DANIELE, *Fallimento: XVII) Diritto internazionale privato e processuale*, in *Enciclopedia Giuridica*, XIII, Roma, 1998, p. 2.

⁽⁴⁰²⁾ L'osservazione riportata nel testo e le espressioni utilizzate sono di E.F. RICCI, *Le procedure locali*, cit., p. 909.

in modo conflittuale e che tale conflitto, in fin dei conti, è realmente evitabile solo se:

c1) la procedura principale successiva alla procedura locale indipendente non viene mai aperta;

c2) la preventiva apertura della procedura principale non è seguita dalla successiva apertura di procedure locali secondarie ⁽⁴⁰³⁾.

Sicché, a quanto sembra, le uniche procedure locali che potrebbero vivere e svilupparsi senza che un contrasto emerga sono proprio quelle indipendenti ⁽⁴⁰⁴⁾. A ben guardare, anzi, il caso più grave di conflitto tra procedure concorrenti ricorre allorquando alla procedura principale di risanamento o di ristrutturazione dell'impresa in crisi, che richieda la valorizzazione globale del patrimonio del debitore oltre che la sua gestione centralizzata, segua l'apertura di una o più procedure locali di matrice necessariamente liquidatoria, incompatibili con le modalità e le finalità della prima procedura ⁽⁴⁰⁵⁾.

2.- Conflitti positivi di giurisdizione nel Regolamento: riconoscimento automatico della decisione di apertura e criterio di priorità.

In linea teorica, una volta distribuita la giurisdizione tra i fori dell'Unione, la concreta operatività del modello *universal modified* europeo dovrebbe essere garantita ed agevolata dall'affermazione dei seguenti principi:

⁽⁴⁰³⁾ Cfr. High Court of Justice Birmingham, 11 maggio 2005, *MG Rover II*, in *NZI*, 2005, p. 516; nonché High Court of Justice Birmingham, 30 marzo 2006, *MG Rover III*, in *NZI*, 2005, p. 516, per un concreto tentativo di prevenire, nel caso di una insolvenza di gruppo, l'apertura di procedure secondarie negli Stati in cui le controllate avevano la propria sede, dopo l'apertura di procedure principali nello Stato in cui era stato localizzato il *comi* (Inghilterra). Entrambe le decisioni sono descritte da K. PANNEN, *op. cit.*, p. 148 e p. 149.

⁽⁴⁰⁴⁾ E.F. RICCI, *op. loc. ult. cit.*, il quale osserva che “rispetto ad una procedura principale con fine conservativo o di risanamento, ad esempio, l'apertura di una procedura locale secondaria può avere il sapore di una catastrofe più che quello di un aiuto”. Sul punto v. anche P. LASCARO, *Brevi considerazioni*, cit., p. 1327: “risulta di difficile gestione la coesistenza di una procedura risanatoria (...) ed una liquidatoria secondaria”; e p. 1328, ove si afferma senza mezzi termini che “la possibilità di contrasti tra una procedura principale ed una secondaria è in re ipsa”.

⁽⁴⁰⁵⁾ In questo senso anche M. PASSALACQUA, D. BENINCASA, C. ALESSI, *Rapporti tra procedura principale e procedure secondarie nel Regolamento (CE) 1346/2000*, in *Crisi di imprese: casi e materiali*, a cura di F. BONELLI, Milano, 2011, p. 316, i quali parlano apertamente di “distorsione del sistema” e di “depotenziamento della procedura principale”. Sul punto v. anche G. MOSS, *Group insolvency*, cit., p. 1017 e p. 1018, il quale descrive alcuni casi di insolvenze di gruppo, in cui i curatori sono riusciti ad “avoid Secondaries”. A tal riguardo, v. anche K. PANNEN, *op. cit.*, p. 137, per una descrizione del caso *Collins & Aikmann* e per la cronologia delle decisioni ad esso relative.

- a1) quello dell'automatico riconoscimento della decisione di apertura;
- a2) quello della propagazione degli effetti della decisione di apertura della procedura principale – e delle altre decisioni che da essa dipendono – agli altri ordinamenti (v. *infra*, par. 3);
- a3) quello dell'applicazione generalizzata della *lex fori concursus* (v. *infra*, par. 4).

Iniziando dal principio di automatico riconoscimento, al fine di indagarne i propositi ed i risvolti applicativi, può essere utile descrivere le regole cui il legislatore comunitario si affida per risolvere i problemi derivanti da eventuali conflitti positivi di giurisdizione ⁽⁴⁰⁶⁾.

Si è già avuto modo di chiarire che un conflitto positivo di giurisdizione può concretamente configurarsi in tutti quei casi in cui due o più giudici appartenenti a fori diversi si ritengano ugualmente competenti ad aprire una procedura principale di insolvenza, sul presupposto che nello Stato di rispettiva appartenenza sia collocato il *comi* del debitore.

E' necessario, a questo punto, richiamare quanto previsto in proposito dal *considerando* n. 22 e dall'art. 16, par. 1, del Regolamento.

Il primo, in particolare, afferma che il Regolamento stesso “*dovrebbe prevedere l'immediato riconoscimento delle decisioni relative all'apertura, allo svolgimento e alla chiusura di una procedura di insolvenza che rientra nel suo ambito d'applicazione (...) Il riconoscimento automatico dovrebbe pertanto avere per conseguenza che gli effetti che il diritto dello Stato di apertura della procedura comporta per la stessa si estendono ai rimanenti Stati membri. Il riconoscimento delle decisioni pronunciate dai giudici degli Stati membri dovrebbe poggiare sul principio di fiducia reciproca*” ⁽⁴⁰⁷⁾. A tale riguardo i motivi del mancato riconoscimento dovrebbero essere ridotti al minimo necessario. Si dovrebbe risolvere secondo tale principio anche il conflitto che insorge quando i giudici di due Stati membri si ritengono competenti ad aprire una procedura

⁽⁴⁰⁶⁾ Nel testo si tiene conto dei soli conflitti positivi di giurisdizione, ossia dei casi in cui due o più giudici appartenenti a differenti Stati membri si ritengano competenti ad aprire una procedura principale di insolvenza ai sensi dell'art. 3, par. 1, a carico dello stesso debitore. Per l'opposta ipotesi del conflitto negativo di giurisdizione v. P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 86, i quali, dopo aver constatato che il Regolamento non prevede “*alcunché*”, osservano anche che quello del conflitto negativo è un problema più teorico che reale.

⁽⁴⁰⁷⁾ Nel senso che, né il principio di automatico riconoscimento, né quello di priorità sarebbero concepibili senza l'affermazione del principio di reciproca fiducia v. K. PANNEN e S. RIEDEMANN, *Introduction*, in *European Insolvency Regulation*, K. PANNEN (ed.), Berlin, 2007, p. 15.

principale d'insolvenza. La decisione del giudice che apre per primo la procedura dovrebbe essere riconosciuta negli altri Stati membri, senza che questi ultimi abbiano la facoltà di sottoporre a valutazione la decisione del primo giudice”.

Il secondo, dando piena attuazione alla dichiarazione d'intenti espressa nel considerando n. 22, enuncia a chiare lettere la regola in base alla quale la decisione di apertura di una procedura di insolvenza, adottata da un giudice competente ai sensi dell'art. 3, è riconosciuta in tutti gli altri Stati membri non appena essa produce effetto nello Stato di apertura ⁽⁴⁰⁸⁾.

Dalla concreta applicazione dei principi e delle norme richiamate deriva una prima ed importante conseguenza: la procedura di insolvenza dichiarata per prima, nello Stato in cui si ritiene sia individuabile il *comi*, dovendo essere immediatamente riconosciuta in tutti gli altri Stati dell'Unione, diventa automaticamente l'unica e sola procedura principale ammissibile nello spazio giuridico europeo ⁽⁴⁰⁹⁾.

La regola di automatico riconoscimento posta dall'art. 16, par. 1, trova poi ulteriore conferma nelle disposizioni successive, che ne estendono l'applicazione a tutte le pronunce in qualche modo collegate alla decisione di apertura e che in essa trovano il proprio presupposto ⁽⁴¹⁰⁾. L'art. 25 stabilisce, infatti, che l'automatico riconoscimento concerne anche:

b1) le decisioni relative “allo svolgimento e alla chiusura” ⁽⁴¹¹⁾ della procedura di insolvenza, adottate dallo stesso giudice che ne ha dichiarato l'apertura, “nonché il concordato approvato da detto giudice” ⁽⁴¹²⁾ (par. 1, primo comma);

⁽⁴⁰⁸⁾ Secondo P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 151, le difficoltà poste dall'art. 16 dipendono anche dal fatto che esso contiene riferimenti ad una serie di nozioni tecniche che abbisognano di essere preliminarmente esplicitate. Si pensi, ad esempio, al concetto di “*decisione di apertura*”, cui lo stesso Regolamento dedica le disposizioni dell'art. 2, lett. e).

⁽⁴⁰⁹⁾ Qualcosa di simile, dal punto di vista della scansione temporale delle decisioni di apertura, sembrerebbe accadere anche nella nostra disciplina dell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza (d. lgs. 8 luglio 1999, n. 270): non può esservi, infatti, una pluralità di procedure madri ai sensi dell'art. 80, co. 1, lett. a); se nei confronti di più imprese del gruppo, tutte insolventi e dotate dei requisiti dei cui agli artt. 2 e 27, sono proposti più ricorsi per la dichiarazione dello stato di insolvenza, solo la prima delle procedure aperte sarà la procedura madre.

⁽⁴¹⁰⁾ In questo senso G. OLIVIERI, *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in www.judicium.it. Sul punto v. anche Corte di Giustizia CE, 21 gennaio 2010, in causa C-444/07, *MG Probud Gdnya*, in *Fallimento*, 2010, pp. 911 ss., spec. punto n. 26, nonché il commento di I. QUEIROLO, *Apertura di una procedura principale di insolvenza e provvedimenti esecutivi in altro Stato membro*, *ivi*, 2010, p. 915.

⁽⁴¹¹⁾ S. GIOVANNINI, *L'apertura di una procedura principale*, cit., p. 88, osserva che l'individuazione del significato da attribuire all'espressione “*decisione relativa allo svolgimento*

b2) quelle “che derivano direttamente dalla procedura di insolvenza e le sono strettamente connesse” (par. 1, secondo comma), quand’anche adottate da un giudice diverso, nell’ambito di procedimenti che possono avere ad oggetto obbligazioni, proprietà e responsabilità, promossi su domanda del curatore o nei suoi confronti ⁽⁴¹³⁾;

b3) nonché i “provvedimenti conservativi” eventualmente adottati in seguito alla richiesta di apertura della procedura d’insolvenza (par. 1, terzo comma) ⁽⁴¹⁴⁾.

Allo scopo di facilitare la circolazione delle decisioni relative alle procedure concorsuali, unico limite esplicitamente previsto al riconoscimento della decisione di apertura è costituito dall’ordine pubblico. Lo stesso limite, peraltro, vale anche per l’esecuzione delle decisioni prese nell’ambito della procedura (art. 26) ⁽⁴¹⁵⁾.

L’ordine pubblico, in particolare, dovrebbe identificarsi con i principi fondamentali, con i diritti e le libertà personali sanciti dalla Costituzione dello

della procedura”, è questione interpretativa di difficile soluzione, in merito alla quale anche la stessa Corte di Giustizia avrebbe evitato di pronunciarsi. Secondo G. OLIVIERI, *Il regolamento*, cit., le decisioni in questione “sono quelle indicate (in maniera da intendere non tassativa), sia pure in funzione dell’applicabilità della lex concursus, dall’art. 4 e, in linea generale, sono quelle (...) che la nostra legge (anche nella forma del decreto o dell’ordinanza) affida al giudice delegato o al tribunale fallimentare”.

⁽⁴¹²⁾ Sul punto v. G. CORNO, *Misure di chiusura delle procedure di insolvenza alternative alla liquidazione. La disciplina comunitaria*, in *Fallimento*, 2009, p. 265; S. RIEDEMANN, *sub art. 25*, in *European Insolvency Regulation*, K. PANNEN (ed.), cit., p. 382.

⁽⁴¹³⁾ Sul punto v. G. OLIVIERI, *Il regolamento*, cit., il quale parla di “norma di chiusura del sistema in modo da garantire una rapida circolazione di tutte le decisioni riguardanti la procedura”; nonché L. DANIELE, *Il Regolamento n. 1346/2000*, cit., p. 605, spec. nt. 39. Per la corretta interpretazione dell’art. 25, par. 1, è necessario richiamare Corte di Giustizia CE, 12 febbraio 2009, in causa C-339/07, *Seagon c. Deko Marty Belgium NV*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2009, 493; nonché in *Int’l Lis*, 2009, p. 65 ss., con nota di F. CORSINI: con questa decisione, la Corte di Giustizia ha affermato che la norma deve essere letta restrittivamente, vale a dire che l’automatico riconoscimento è garantito alle sole decisioni prese da un giudice sì “diverso” da quello presso cui pende la procedura di insolvenza, ma pur sempre appartenente al medesimo Stato membro, e non anche a decisioni assunte da giudici appartenenti a diversi Stati membri.

⁽⁴¹⁴⁾ Sui provvedimenti conservativi di cui all’art. 25 del Regolamento v. P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., pp. 178 ss.

⁽⁴¹⁵⁾ Lo stesso art. 16, par. 1, seconda parte, chiarisce però che il riconoscimento automatico opera anche quando il debitore, per la sua qualità, non potrebbe essere assoggettato a una procedura di insolvenza negli altri Stati membri. Sul punto v. V. PROTO, *Il regolamento comunitario*, cit., p. 9, nt. 8; C. PUNZI, *Le procedure*, cit., p. 1007 e p. 1014; G. OLIVIERI, *Il regolamento*, cit., p. 10; P. DE CESARI, *Diritto internazionale privato*, cit., pp. 200 ss.

Per quanto riguarda invece le decisioni relative allo svolgimento e alla chiusura di una procedura di insolvenza, pronunciate da un giudice la cui decisione di apertura è riconosciuta a norma dell’articolo 16, nonché, il concordato approvato da detto giudice, l’art. 25, par. 3, stabilisce che gli Stati membri non sono obbligati a riconoscere ed a rendere esecutiva la decisione che abbia come effetto una limitazione della libertà personale o del segreto postale.

Stato in cui è richiesto il riconoscimento, integrati anche dai principi di derivazione comunitaria ⁽⁴¹⁶⁾.

Per quanto riguarda invece le decisioni relative allo “*svolgimento e alla chiusura*” di una procedura di insolvenza, nonché tutte le altre decisioni di cui all’art. 25, par. 1, il Regolamento prevede anche un secondo limite al riconoscimento, stabilendo che gli Stati membri non sono obbligati a riconoscere o a rendere esecutive quelle decisioni che abbiano come effetto una limitazione della libertà personale o del segreto postale (art. 25, par. 3).

Va però evidenziato che, con specifico riferimento alla clausola di ordine pubblico, la stessa Corte di Giustizia ha recentemente affermato che essa costituisce invero un ostacolo alla libera circolazione delle sentenze nell’ambito dell’Unione europea, sicché il ricorso a tale causa di esclusione dell’automatico riconoscimento dovrebbe essere circoscritto ad ipotesi considerate eccezionali ⁽⁴¹⁷⁾. In altre parole, l’appello alla clausola di ordine pubblico sarebbe legittimo solo nel caso in cui il riconoscimento o l’esecuzione della decisione pronunciata in un altro Stato membro contrasti in modo inaccettabile con l’ordinamento giuridico dello Stato richiesto, essendo la stessa lesiva di un principio ritenuto fondamentale ⁽⁴¹⁸⁾.

In virtù delle considerazioni esposte, appare chiaro come, nella disciplina europea delle insolvenze transfrontaliere, la risoluzione dei conflitti positivi di giurisdizione, in assenza di specifiche previsioni a ciò dedicate, sia sostanzialmente delegata ad un rigido criterio di prevenzione temporale ⁽⁴¹⁹⁾.

⁽⁴¹⁶⁾ Sul punto v. L. FUMAGALLI, *Il Regolamento*, cit., p. 703 e p. 704. La Corte di Giustizia CE, sentenza 2 maggio 2006, in causa C-341/04, occupandosi del noto caso *Eurofood* (v. *supra*, nel testo, par. 1.1.) ha stabilito, tra l’altro, che “*l’art. 26 del regolamento deve essere interpretato nel senso che uno Stato membro può rifiutarsi di riconoscere una procedura di insolvenza aperta in un altro Stato membro qualora la decisione di apertura sia stata assunta in manifesta violazione del diritto fondamentale di essere sentito di cui gode un soggetto interessato da una tale procedura*”. Anche nella giurisprudenza italiana, in relazione all’art. 64 d.i.p., lett. g), si registra la tendenza a negare il riconoscimento della sentenza straniera in caso di incompatibilità con i diritti inviolabili posti a garanzia del diritto di difesa: cfr. sul punto Cass., 22 luglio 2004, n. 13662, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1458; Cass., 18 maggio 1995, n. 5451, in *Foro it.*, Rep. 1995, v. *Delibazione*, n. 37.

⁽⁴¹⁷⁾ Corte di Giustizia CE, 2 maggio 2006, in causa C-341/04, spec. punto n. 62; Corte di Giustizia CE, 21 gennaio 2010, in causa C-444/07, cit., spec. punto n. 34, ove è possibile rinvenire anche richiami alla giurisprudenza precedente; Corte di Giustizia CE, 28 marzo 2000, in causa C-7/98, spec. punti n. 19 e n. 21.

⁽⁴¹⁸⁾ Corte di Giustizia CE, 28 marzo 2000, in causa C-7/98, spec. punti 23 e 37.

⁽⁴¹⁹⁾ Nella giurisprudenza italiana v. Cass., Sez. Un., 14 aprile 2008, n. 9743, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2009, 407; in *Fallimento*, 2008, 1149, con nota adesiva di G. MONTELLA; nonché in *Int’l Lis*, 2008, 152, con nota di critica di M. MONTANARI, *Gli automatismi del*

La decisione di apertura della procedura principale, infatti, è automaticamente riconosciuta in tutti gli altri Stati membri sul triplice presupposto che:

c1) l'Unione europea deve essere intesa come spazio giuridico unico, al cui interno vige il principio di reciproca fiducia tra i giudici degli Stati membri ⁽⁴²⁰⁾;

c2) se lo spazio giuridico europeo è unico, unica deve essere parimenti la procedura principale a vocazione universale aperta a carico del debitore;

c3) quest'ultimo, a sua volta, non può che avere uno solo centro principale dei propri interessi, alla cui individuazione sono subordinate, sia l'apertura della procedura principale, sia l'applicazione della stessa disciplina comunitaria.

Ferma dunque la deroga per l'ipotesi di contrarietà all'ordine pubblico, la decisione di apertura della procedura principale produce in ogni altro Stato membro, senza altra formalità, gli effetti previsti dallo Stato di apertura, e tali effetti non possono essere contestati in nessuno degli altri Stati membri. Nel caso di apertura di una procedura di insolvenza in Italia, ad esempio, gli effetti che essa determina, come lo spossessamento (totale o parziale) del debitore in favore di un organo della procedura, il divieto di azioni esecutive individuali a carico dei creditori, oppure l'inefficacia degli atti pregiudizievoli per i creditori compiuti dal fallito prima e dopo la dichiarazione di fallimento, si produrranno automaticamente senza alcuna formalità. Vale a dire, senza che sia necessaria una nuova pronuncia giudiziaria che consenta al soggetto interessato di avvalersene.

riconoscimento della decisione straniera di fallimento alla prova della pendenza, davanti al giudice italiano, della domanda di ammissione al concordato preventivo: la Suprema Corte, in particolare, ha affermato che “per effetto del riconoscimento immediato della decisione di apertura di una procedura principale d'insolvenza da parte di un giudice di un altro Stato membro, ai sensi degli artt. 16 e 17 del Regolamento (...), senza possibilità di sindacare la competenza giurisdizionale del giudice d'origine, non può essere aperta in Italia un'ulteriore procedura principale”. Per la giurisprudenza di merito v.: App. Torino, 10 marzo 2009, *Illochroma Italia srl c. Fallimento Illochroma Italia srl*, in *Fallimento*, 2009, pp. 1293 ss., con nota di G. MONTELLA, spec. p. 1296. Nella giurisprudenza straniera v.: i) per il caso *Daisytek*, High Court of Justice di Leeds, 16 maggio 2003, *Isa Daisytek*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2004, 774; Tribunal de Commerce de Pontoise, 26 maggio 2003, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2004, 780; Cour d'Appel de Versailles, 4 settembre 2003, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2004, 783; ii) per il caso *Rover france*, Tribunal de Commerce de Nanterre, 19 maggio 2005, in *Rec. Dalloz*, 2005, p. 1787; entrambe le vicende sono descritte da P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 71 e p. 82; per il caso *Daisytek* v. anche G. MOSS, *Group insolvency – choice of forum and law*, cit., pp. 1010 ss.

⁽⁴²⁰⁾ In questo senso v. G. MONTELLA, *Il conflitto di giurisdizione nel Regolamento Ce n. 1346/2000*, in *Fallimento*, 2008, p. 1152, secondo cui “nell'ambito dell'Unione, infatti, lo spazio giudiziario è unico, così come lo è all'interno di ogni singolo stato”; a p. 1153, l'Autore ammette che “nel sistema del Regolamento, un conflitto di giurisdizione è inconcepibile”. Sul punto v. anche F.M. MUCCIARELLI, *Eurofood*, ovvero, cit., p. 1225. Per il richiamo alla mutua fiducia tra i fori dei diversi Stati membri v. Corte di Giustizia CE, 21 gennaio 2010, C-444/07, in *Int'l Lis*, 2010, p. 74, con nota di S. GIOVANNINI, spec. punto n. 28 e punto n. 29.

Oggetto del riconoscimento, peraltro, possono essere anche provvedimenti di apertura emessi da organi non propriamente giurisdizionali, purché muniti del relativo potere ⁽⁴²¹⁾.

Quanto alle modalità del riconoscimento, va chiarito, in primo luogo, che esso si attua *ex lege* appena la decisione di apertura produce effetto nello Stato in cui è stata adottata, senza che siano necessari, né un procedimento preventivo di deliberazione, né tantomeno il passaggio in giudicato della pronuncia stessa. Sotto questo punto di vista, il Regolamento si differenzia rispetto alla disciplina del riconoscimento automatico ⁽⁴²²⁾ introdotta con l'art. 64 d.i.p., il quale richiede, affinché la sentenza straniera sia riconosciuta in Italia senza alcun procedimento deliberativo, che “*essa sia passata in giudicato secondo la legge del luogo in cui è stata pronunciata*” (cfr. art. 64 d.i.p., lett. d). In secondo luogo, il riconoscimento della procedura di insolvenza e la produzione di effetti sul patrimonio del debitore neppure sono condizionati all'espletamento di particolari adempimenti pubblicitari diretti a costituire adeguate misure di conoscibilità *erga omnes* del provvedimento straniero di apertura ⁽⁴²³⁾. Tale ultimo assunto trova peraltro conferma, oltre che nella lettera del Regolamento ⁽⁴²⁴⁾, anche nella giurisprudenza della Corte di Giustizia ⁽⁴²⁵⁾.

⁽⁴²¹⁾ Cfr. art. 2, lett. d), secondo cui, con il termine “*Giudice*” deve intendersi l'organo giudiziario o qualsiasi altra autorità competente di uno Stato membro legittimata ad aprire una procedura di insolvenza o a prendere decisioni nel corso di questa; art. 2, lett. e), che chiarisce il significato del termine “*Decisione*”, da intendere come decisione di qualsiasi giudice competente ad aprire tale procedura o a nominare un curatore.

⁽⁴²²⁾ L'art. 67 d.i.p. stabilisce che, in caso di contestazione della riconoscibilità della sentenza straniera, chiunque vi abbia interesse può chiedere alla Corte di Appello del luogo di attuazione l'accertamento dei requisiti del riconoscimento. In altri termini, il riconoscimento delle sentenze straniere previsto dalla Riforma d.i.p. è sì automatico, ma comunque soggetto all'eventuale controllo del giudice italiano. In questi termini: C. PUNZI, *Le procedure*, cit., p. 1019. Di “*circolazione semplificata*”, basata sul riconoscimento automatico e sganciata dal passaggio in giudicato parla anche M. MONTANARI, *Fallimento e sentenza straniera di accertamento di un credito verso il fallito*, in *Fallimento*, 2002, p. 653.

⁽⁴²³⁾ In questi termini S. GIOVANNINI, *Apertura di una procedura principale*, cit., p. 77.

⁽⁴²⁴⁾ Cfr. art. 21, par. 1, Regolamento, secondo cui “*Il curatore può chiedere che il contenuto essenziale della decisione di apertura della procedura di insolvenza e, se del caso, la decisione che lo nomina siano rese pubbliche negli altri Stati membri secondo le modalità ivi previste. Le misure di pubblicità precisano inoltre l'identità del curatore nominato nonché, se la regola di competenza applicata è quella dell'articolo 3, paragrafo 1, ovvero paragrafo 2*”; il par. 2 aggiunge che “*(...) ogni Stato membro nel cui territorio si trova una dipendenza del debitore può prevedere la pubblicazione obbligatoria. In tal caso il curatore o l'autorità a ciò legittimata nello Stato membro in cui la procedura di cui all'articolo 3, paragrafo 1, è stata aperta, prende le misure necessarie per la pubblicazione*”. Sul punto v. M. DE CRISTOFARO, *Il Reg. 1346/2000, relativo alle procedure di insolvenza*, in *Le convenzioni di diritto del commercio internazionale*, a cura di FERRARI, Milano, 2002, p. 394, secondo cui l'unica conseguenza che potrebbe derivare dal

Ne deriva un meccanismo all'apparenza indefettibile di risoluzione dei conflitti positivi, in base al quale, nel caso tutt'altro che sporadico di pluralità di iniziative a carico dello stesso debitore, dovrebbe essere sempre considerata prevalente la procedura aperta per prima dal giudice ritenutosi competente ai sensi dell'art. 3, par. 1.

A guardar meglio, il Regolamento sembrerebbe addirittura negare la possibilità di un vero e proprio conflitto positivo di giurisdizione, risolvendolo sempre e comunque in favore del giudice dello Stato membro che si è pronunciato per primo. In questo quadro, la vera funzione dell'art. 16, par. 1, sembra essere quella di garantire l'osservanza intracomunitaria dell'affermazione della giurisdizione fatta dal giudice dello Stato del *comi* ⁽⁴²⁶⁾.

Reciproca fiducia e automatico riconoscimento non escludono che la decisione di apertura, e la relativa statuizione sulla competenza internazionale, possano essere contestate. In questo caso, tuttavia, bisognerà servirsi degli strumenti di reazione specificamente predisposti dalla legge concorsuale e processuale dello Stato in cui è stata pronunciata la decisione di apertura ⁽⁴²⁷⁾. Tale impostazione ha recentemente ricevuto l'autorevole avallo della Corte di Giustizia, la quale, dopo aver definito l'art. 16, par. 1, una "*norma sulla priorità*", ha poi avuto modo di chiarire che lo stesso deve essere interpretato nel senso che la procedura di insolvenza principale, aperta dal giudice di uno Stato membro, deve essere riconosciuta dai giudici degli altri Stati membri, senza che questi ultimi possano verificare la competenza internazionale del primo giudice ⁽⁴²⁸⁾. In altri termini, è

mancato assolvimento degli oneri pubblicitari di cui all'art. 21 consiste in una presunzione di non conoscenza dell'apertura del procedimento (cfr. art. 24, par. 2).

⁽⁴²⁵⁾ Corte di Giustizia CE, 17 marzo 2005, in causa C-294/02, *Commissione c. AMI Semiconductor Belgium VBA e altri*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2005, p. 823, secondo cui l'apertura di una procedura di insolvenza produce effetti negli altri Stati membri senza che sia necessaria alcuna notifica ex art. 40 Regolamento.

⁽⁴²⁶⁾ P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 170.

⁽⁴²⁷⁾ Sul punto v. F. DE SANTIS, *La normativa comunitaria*, cit. p. 109; nonché S. DI AMATO, *Le procedure di insolvenza nell'Unione Europea*, cit., p. 698: "*la procedura principale aperta da un giudice incompetente potrà essere rimossa soltanto se chi è legittimato a farlo fa valere l'incompetenza nell'ordinamento al quale appartiene il giudice che ha emesso la decisione*". Il caso più famoso di conflitto positivo di giurisdizione è quello della società irlandese *Eurofood* (su cui v. *infra*, cap. III), nel quale due giudici (quello italiano e quello irlandese) si ritenevano entrambi competenti ad aprire, a carico del medesimo debitore, una procedura di insolvenza principale.

⁽⁴²⁸⁾ Cfr. Corte di Giustizia CE, 2 maggio 2006, in causa C-341/04, *Eurofood*, punti 39 e 49, in *Fallimento*, 2006, 1249, con nota di P. CATALLOZZI, *Il regolamento europeo e il criterio del COMI* (centre of main interests): *la parola alla Corte*; nonché Corte di Giustizia CE, 21 gennaio 2010,

perfettamente aderente al principio della mutua fiducia che sia il giudice dello Stato membro investito della domanda di apertura della procedura principale ad accertare se sussiste la propria competenza internazionale, e che, di conseguenza, i giudici degli altri Stati membri riconoscano la sua decisione di apertura, senza sindacare sulle valutazioni svolte a monte ⁽⁴²⁹⁾.

Cionondimeno, nell'esprimere il proprio giudizio sull'affidabilità del criterio di priorità come metodo per la risoluzione dei conflitti positivi di giurisdizione, la dottrina ha mostrato una condivisibile e giustificata prudenza. Questo perché l'applicazione di un rigido criterio di prevenzione, da un lato, non risolve tutti i problemi connessi alla contemporanea pendenza di più procedimenti finalizzati all'apertura di una procedura principale ⁽⁴³⁰⁾, dall'altro, sembra invece idoneo ad alimentare pericolose “*tensioni e tentazioni*” all'interno dello spazio giudiziario europeo ⁽⁴³¹⁾.

L'automatico riconoscimento della decisione di apertura presuppone, infatti, che il giudice di un determinato Stato membro, all'esito della relativa istruttoria, abbia ritenuto di individuare proprio in quello Stato il *comi* del debitore. Ciononostante, non si rinvencono disposizioni specificamente dettate per evitare la concomitanza di iniziative, oltre che la sovrapposizione di più istruttorie a

causa C-444/07, *MG Probud*, in *Fallimento*, 2010, p. 912, punto n. 29. In senso conforme, nella giurisprudenza italiana, v. App. Torino, 10 marzo 2009, cit. In dottrina, già C. PUNZI, *Il regolamento*, cit., p. 1012, aveva osservato che il riconoscimento di un privilegio a favore della *lex loci* in cui è stato emesso il provvedimento di apertura della procedura principale d'insolvenza avrebbe dovuto comportare l'intangibilità del provvedimento stesso e la sua incensurabilità da parte dei giudici degli altri Stati, nei quali quel provvedimento produce effetti. Sul punto v. anche G. SAMORI, *Conflitti di competenza nell'apertura delle procedure concorsuali*, Napoli-Roma, 2002, p. 293; S. DI AMATO, *Le procedure d'insolvenza nell'Unione Europea*, cit., p. 698.

⁽⁴²⁹⁾ Cfr. Corte di Giustizia CE, 21 gennaio 2010, in causa C-444/07, cit.

⁽⁴³⁰⁾ A. CAVALAGLIO, *Spunti in tema di regolamento comunitario*, cit., p. 238, considera una grave lacuna il fatto che non sia stata prevista alcuna regola per dirimere l'eventuale conflitto di giurisdizione; esprime le sue perplessità anche M. FABIANI, *Dai pomodori ai latticini, ovvero dalla regola all'eccezione: un testo unico per l'amministrazione straordinaria e la gestione dei gruppi transnazionali?*, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1575; sul punto v. anche C. PUNZI, *Il regolamento*, cit., p. 1017; M.V. BENEDETTELLI, *Centro degli interessi principali*, cit., p. 526 e p. 527; F. MACRÌ, *Trasferimento del centro degli interessi principali e competenza giurisdizionale nel Regolamento (CE) 1346/2000*, in *Fallimento*, 2006, p. 914; S. GIOVANNINI, *Apertura di procedura principale*, cit., p. 76, nt. 8; V. ZANICHELLI, *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2006, p. 19 e p. 20, spec. nt. 27.

⁽⁴³¹⁾ L'efficace espressione riportata nel testo è di A. MAZZONI, *Concordati di gruppi transfrontalieri*, cit., p. 553; lo stesso Autore, peraltro, in *Osservazioni*, cit., p. 3, aveva già parlato della “*tentazione per ogni Stato di privilegiare la tutela degli interessi dei propri cittadini e dei propri (veri o asseriti) interessi generali*”; v. anche p. 12. Evidenzia l'importanza per gli Stati membri di gestire al proprio interno la procedura di insolvenza principale: I. QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza nella disciplina comunitaria*, cit., p. 188.

carico dello stesso debitore ⁽⁴³²⁾. Al contrario, qualora si concretizzino ipotesi di litispendenza ⁽⁴³³⁾, sembrerebbe inevitabile la prosecuzione di più procedimenti paralleli radicati in Stati differenti: i principi di prevenzione e di automatico riconoscimento non operano dal momento in cui il giudice è adito, bensì da quello successivo in cui la decisione di apertura è adottata e produce effetti ⁽⁴³⁴⁾.

Neppure è stata chiarita la sorte delle procedure concorrenti, visto che solo quelle aperte in Stati ove il debitore possieda una dipendenza potranno eventualmente essere convertite in procedure secondarie ⁽⁴³⁵⁾, ma non è affatto chiaro se tale conversione debba avvenire, così come il riconoscimento, in modo automatico. Vi è di più che la conversione in una procedura secondaria (necessariamente) di liquidazione potrebbe non corrispondere all'interesse dei creditori (o di altri legittimati) che hanno chiesto l'apertura di una procedura principale con finalità di risanamento ⁽⁴³⁶⁾.

S'intuiscono, a questo punto, le ulteriori difficoltà che potrebbero nascere in caso di:

d1) caducazione del provvedimento di apertura della procedura principale ⁽⁴³⁷⁾, già automaticamente riconosciuto in tutti gli altri Stati dall'Unione, dal momento

⁽⁴³²⁾ Si consideri che l'art. 27, par. 1, del Regolamento CE n. 44/2001, nei casi di litispendenza, riconosce al giudice adito per secondo la facoltà di sospendere d'ufficio il procedimento finché non sia accertata la competenza del giudice adito in precedenza. Sulla c.d. litispendenza comunitaria, v. M.A. LUPOI, *Conflitti transnazionali di giurisdizioni*, II, Milano, 2002, p. 720.

⁽⁴³³⁾ L. BACCAGLINI, *Il caso Eurofood: giurisdizione e litispendenza nell'insolvenza transfrontaliera*, in *Int'l Lis*, 2006, p. 126, osserva che nessun rilievo è assegnato al momento della proposizione della domanda giudiziale, quale criterio idoneo ad individuare la litispendenza; al contrario, il Regolamento sembra ammettere la contemporanea pendenza, in Stati diversi, di due procedimenti volti all'apertura di procedure di insolvenza principali. Nel senso che "grave appare l'assenza di una norma sulla litispendenza" v. anche: L. DANIELE, *Il Reg. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza: spunti critici*, in *Dir. fall.*, 2004, I, p. 603 e p. 604.

⁽⁴³⁴⁾ In questo senso anche S. DI AMATO, *Le procedure di insolvenza*, cit., p. 698. Sulle conseguenze che, dal punto di vista processuale, la notizia dell'apertura di una procedura principale di insolvenza potrebbe produrre sul concorrente procedimento italiano finalizzato alla dichiarazione di fallimento v. F. DE SANTIS, *La normativa comunitaria*, cit., p. 98 e p. 99.

⁽⁴³⁵⁾ G. OLIVIERI, *Il Regolamento*, cit., secondo cui "(...) Nel caso in cui si pervenga comunque a due dichiarazioni di apertura di una procedura di insolvenza in Stati diversi, deve ritenersi che quella (...) successiva (...) alla prima si trasformi (...) in una procedura secondaria". Sul punto v. anche S. BARIATTI, *Il regolamento n. 1346/2000 davanti alla Corte di Giustizia: il caso Eurofood*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, II, p. 203, la quale precisa che "non è chiaro se la conversione sia automatica".

⁽⁴³⁶⁾ Così M. FABIANI, *Gruppi di imprese e insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 98; ID., *Diritto fallimentare*, cit., p. 48.

⁽⁴³⁷⁾ Il problema era stato già segnalato da P. LASCARO, *Brevi considerazioni*, cit., p. 1330; oltre che da F. DE SANTIS, *La normativa comunitaria*, cit., p. 111 e p. 112; ID., *La dichiarazione di fallimento*, in *Trattato di diritto fallimentare*, vol. I, a cura di V. BUONOCORE e A. BASSI, Padova, 2010, p. 244. Sul punto v. anche S. DI AMATO, *Le procedure di insolvenza nell'Unione europea*,

che l'art. 27 consente la rapida apertura di procedure secondarie in altri Stati, senza che neppure “*sia esaminata l'insolvenza del debitore*”;

d2) adozione di provvedimenti provvisori di natura conservativa, anch'essi automaticamente riconosciuti *ex art. 25, par. 1*, nel corso dell'istruttoria finalizzata all'apertura di una procedura che, ipotizzata inizialmente come principale, sia stata poi “*superata*” dall'apertura di un'altra procedura concorrente ⁽⁴³⁸⁾; in questo caso, assolutamente influente sarebbe la circostanza che la decisione di apertura che per prima produce effetti sia stata adottata in virtù di una iniziativa successiva;

d3) mancato riconoscimento *ex art. 26 l. fall.* della procedura principale già aperta, visto che, sebbene il Regolamento non ammetta la contestuale pendenza di due procedure di questo tipo a carico dello stesso debitore, nel caso in cui si neghi il riconoscimento della decisione di apertura adottata per prima, sembrerebbe comunque inevitabile la convivenza forzata tra più procedure principali parallele.

In aggiunta agli inconvenienti di carattere procedurale sopra evidenziati, il riconoscimento automatico “indiscriminato” delle decisioni di apertura potrebbe determinare effetti imprevisti anche nell'ottica del *forum shopping*, benché si tratti di un fenomeno che lo stesso Regolamento afferma a chiare lettere di voler debellare.

Le vicende poste all'attenzione dei giudici e degli studiosi hanno evidenziato che, qualora siano proposte per uno stesso debitore più domande di apertura di una procedura principale in differenti Stati membri, e nessuno dei giudici aditi declini in maniera spontanea la propria competenza giurisdizionale, per la soluzione del conflitto creatosi bisognerà necessariamente e fiduciosamente attendere il momento in cui inizierà a produrre effetti la decisione più repentina ⁽⁴³⁹⁾; quest'ultima potrà poi essere contestata solo seguendo le regole della *lex fori concursus* ⁽⁴⁴⁰⁾.

cit., p. 699, nel senso che “*la revoca di una procedura principale determin[a] la revoca delle procedure secondarie collegate, considerato che per esse non vi è stato accertamento del presupposto dell'insolvenza*”; nonché le possibili soluzioni prospettate da C. SANTINI, *La quaestio jurisdictionis nel Regolamento comunitario n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza*, in www.judicium.it,

⁽⁴³⁸⁾ Questo problema era stato già segnalato da S. DI AMATO, *Le procedure di insolvenza nell'Unione europea*, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁴³⁹⁾ Secondo M.A. LUPOL, *Conflitti di giurisdizioni*, cit., p. 1403, in un'ipotetica *race to the judgement*, è “*avvantaggiato colui che propone la sua istanza nel foro più veloce*”; G. MONTELLA, *Il conflitto di giurisdizione*, cit., p. 1156, osserva che “*il meccanismo che il Regolamento (...) prevede per la soluzione di eventuali conflitti positivi (...) potrebbe dare l'impressione di un ambiente tipo Far West, nel quale vince chi spara per primo*”. Sul punto v. anche P. DE CESARI e

Al criterio cronologico di prevenzione imposto dal Regolamento e, almeno formalmente, recepito dalla giurisprudenza interna e comunitaria non può di certo negarsi il pregio della chiarezza ⁽⁴⁴¹⁾: la decisione di apertura che per prima produce effetti deve essere riconosciuta immediatamente e automaticamente in tutto il territorio dell'Unione, e, per tale motivo, è destinata a prevalere sulle altre.

Per quanto cristallina, questa soluzione non impedisce all'interprete di mostrare una certa diffidenza verso la presunta infallibilità del criterio della priorità temporale ⁽⁴⁴²⁾. A maggior ragione, laddove si consideri che tale meccanismo si innesta in un quadro caratterizzato dalla radicale diversità di approcci, non solo astrattamente ipotizzabili, ma anche concretamente utilizzati, per la individuazione del centro degli interessi principali del debitore.

Il rischio, a ben guardare, è che l'appello alla reciproca fiducia fra gli Stati membri e il conseguente divieto di sindacare la giurisdizione dei rispettivi giudici finiscano per imporre con la forza il riconoscimento di decisioni adottate da tribunali privi di reale competenza internazionale ⁽⁴⁴³⁾, con buona pace dei propositi di efficienza e prevedibilità predicati dal Regolamento. Non è da

G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 84, i quali sostengono che il vero metodo per riequilibrare possibili errori e/o conflitti di giurisdizione potrebbe essere quello di aprire una procedura secondaria.

⁽⁴⁴⁰⁾ Il principio vale anche per la contestazione della decisione di apertura di una procedura secondaria: v., in giurisprudenza, App. Torino, 10 marzo 2009, cit., secondo cui “*il curatore della procedura principale di insolvenza aperta in un altro Paese membro dell’Unione (...) è legittimato, ai sensi dell’art. 18, primo comma l. fall., a proporre reclamo avverso la sentenza che ha aperto in Italia una procedura secondaria: ciò in quanto la naturale interferenza delle due procedure, derivante dal fatto che quella secondaria è destinata a dirottare la liquidazione dei beni dallo Stato della procedura principale a quello in cui è disposta la procedura secondaria, rende di per sé concreto ed attuale l’interesse del curatore della procedura principale a manifestare la propria eventuale scelta oppositiva, in via generale ed anticipata, alla procedura secondaria, mediante l’impugnazione del provvedimento che la instaura*”.

⁽⁴⁴¹⁾ C. SANTINI, *La quaestio jurisdictionis nel Regolamento comunitario n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza*, in *www.judicium.it*, evidenzia, da un lato, la praticità, la semplicità e la utilità del criterio di priorità temporale, constatando però, dall’altro, che si tratta di soluzione non pienamente appagante: “*anzi appare una sorta di “scappatoia” per consentire in extremis il coordinamento in assenza di più ragionevoli e pratici criteri ipotizzabili alla luce del Regolamento*”.

⁽⁴⁴²⁾ V. PROTO, *Il regolamento comunitario*, cit., p. 10, afferma che il Regolamento in realtà non contiene regole preordinate alla risoluzione dei conflitti giurisdizionali, né pare sufficiente, a tale effetto, utilizzare il criterio della priorità; M.A. LUPOL, *Conflitti di giurisdizioni*, cit., p. 1393 ss., evidenzia che la rapidità della decisione non è un pregio se non accompagnata dalla ponderazione e dal bilanciamento degli interessi in gioco. Sul punto v. anche: M. FABIANI, nota redazionale a TAR Lazio, sezione III, sentenza 16 luglio 2004, n. 6998, in *Foro it.*, 2004, III, c. 617; nonché A. MAZZONI, *Cross-Border Insolvency*, cit., p. 756 e p. 757.

⁽⁴⁴³⁾ Il problema è segnalato anche da F.M. MUCCIARELLI, *Spostamento della sede statutaria*, cit., p. 624.

escludere, infatti, che in questo modo potrebbe essere incentivata la corsa verso l'apertura di procedure concorsuali destinate a prevalere solo sulla base della priorità cronologica delle relative decisioni di apertura ⁽⁴⁴⁴⁾.

Qualora si prediligano interpretazioni che valorizzino la formulazione letterale dell'art. 16, par. 1, bisognerebbe concordare con quanti hanno evidenziato che esso si limita a stabilire il riconoscimento automatico della decisione di apertura adottata da un giudice "*competente ai sensi dell'art. 3*"; sicché, nell'ipotesi in cui il giudice stesso abbia commesso un errore nell'individuare il *comi*, gli altri giudici non dovrebbero essere tenuti a riconoscere la prima decisione di apertura ed a qualificare come principale la relativa procedura concorsuale ⁽⁴⁴⁵⁾. Nondimeno, il limite di questa proposta interpretativa, per quanto sospinta dal meritevole proposito di correggere le rigidità del principio di automatico riconoscimento, potrebbe essere costituito proprio dall'assenza di regole sulla litispendenza e sulla prevenzione dei conflitti di giurisdizione. Anche il radicamento della giurisdizione in favore del secondo giudice, in effetti, in assenza di criteri certi e di un approccio realmente condiviso nella individuazione del *comi*, potrebbe essere bollato come tentativo di sottrarre il governo delle procedure di insolvenza al giudice che si è pronunciato per primo.

⁽⁴⁴⁴⁾ Il condivisibile rilievo è di L. BACCAGLINI, *Il caso Eurofood*, cit., p. 125; nello stesso senso anche F.M. MUCCIARELLI, *op. loc. ult. cit.*; per la dottrina straniera v. T. BACHNER, *The battle over jurisdiction in European Insolvency Law*, in *ECFR*, Vol. 3, 2006, p. 318. In giurisprudenza v. App. Torino, 10 marzo 2009, cit., p. 1297, nella parte in cui la Corte torinese esprime "*qualche legittimo dubbio di compatibilità con la giurisprudenza della Corte di Giustizia*" sui criteri utilizzati dal Tribunale francese di Roubaix-Torcoing per la individuazione del *comi* e l'apertura della procedura principale.

⁽⁴⁴⁵⁾ F.M. MUCCIARELLI, *Società di Capitali*, cit., p. 219, il quale richiama anche M.V. BENEDETTELLI, "*Centro degli interessi principali*", cit., p. 513, osservando tuttavia che la soluzione prospettata potrebbe operare concretamente solo se il Regolamento contemplasse un meccanismo chiaro di prevenzione dei conflitti di giurisdizione. Sul punto v. anche L. FUMAGALLI, *Apertura della procedura principale*, cit., p. 336, il quale parla di una "*condizione costitutiva della produzione di effetti automatici*"; L. DANIELE, *Il Regolamento n. 1346/2000*, cit., p. 607, secondo il quale "*nemmeno è del tutto escluso che l'ordine pubblico possa essere invocato anche riguardo all'abusiva assunzione di competenza da parte del giudice che ha aperto la procedura*"; in senso contrario, su quest'ultimo punto, si sono però espressi M. VIRGÓS e E. SCHMIT, *Report on the Convention on Insolvency proceedings*, Doc. Consiglio n. 6500/96/EN, Bruxelles, 1996, cit., par. 202; M. DE CRISTOFARO, *Il nuovo regolamento CE n. 1346/00 relativo alle procedure di insolvenza*, in *Le Convenzioni del diritto del commercio internazionale*, a cura di FERRARI, Milano, 2002, p. 391. Sul tema v. anche P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 153, i quali prendono in considerazione la diversa ipotesi in cui il giudice che apre la procedura utilizzi criteri non riconducibili all'art. 3 del Regolamento: in questo caso, la decisione non dovrebbe essere riconoscibile automaticamente *ex art. 16*. In giurisprudenza, nel senso che la decisione inglese di apertura di una procedura principale non poteva essere riconosciuta in Germania, perché la corte, tra l'altro, non aveva verificato la sussistenza della propria giurisdizione v. AG Nürnberg, 15 agosto 2006, *Hans Brochier Holding Ltd*, in *ZIP*, 2007, p. 81.

Ad ogni modo, non v'è dubbio che, se inteso in maniera troppo rigorosa e senza correttivi, il criterio di priorità temporale potrebbe comportare un imprevisto sbilanciamento in favore delle decisioni più rapide e meno ponderate, finendo addirittura per assecondare le tanto vituperate pratiche di *forum* e *law shopping* ⁽⁴⁴⁶⁾.

Ne conseguirebbe inevitabilmente l'ingiustificato snaturamento di una delle finalità cardine dell'intera disciplina comunitaria: degli effetti elusivi del *forum shopping* ci si potrebbe in certe occasioni avvalere in modo consapevole, confidando, da un lato, nella maggiore celerità con cui le procedure concorsuali vengono aperte in alcuni Stati piuttosto che in altri ⁽⁴⁴⁷⁾, nonché, dall'altro, nelle comprensibili difficoltà che gli interessati potrebbero incontrare nel ricorrere agli appositi strumenti di reazione messi a disposizione dalla *lex concursus* dello Stato estero di apertura.

A tale ultimo proposito, in particolare, va osservato che i rimedi impugnatori di diritto interno possono talvolta non essere rapidi e neppure facilmente conoscibili nei tempi utili alla proposizione del gravame; a tali inconvenienti andrebbe poi aggiunto quello derivante dall'aggravio di costi che l'impugnazione *cross-border* può comportare a carico dei soggetti legittimati ⁽⁴⁴⁸⁾. Sicché, in questo quadro, piuttosto esigua pare la reale possibilità di accesso agli strumenti predisposti dalla *lex fori* per contestare la decisione di apertura della procedura principale.

Neppure va tralasciato, infine, il fatto che il corretto funzionamento del criterio di priorità presuppone la esplicitazione del concetto di “*decisione di apertura*” (cfr. art. 2, lett. e), oltre che l'individuazione del “*momento*” in cui questa inizia a produrre effetti e la procedura si considera aperta (cfr. art. 2, lett. f). Quest'ultimo, in particolare, va determinato secondo quanto stabilito dalla *lex fori concursus* dello Stato di apertura, con l'inevitabile rischio che le differenze esistenti tra i

⁽⁴⁴⁶⁾ Sul punto v. P. LASCARO, *Brevi considerazioni*, cit., p. 1330.

⁽⁴⁴⁷⁾ In questo senso già S. DI AMATO, *Le procedure di insolvenza*, cit., 730; L. DANIELE, *Il Regolamento n. 1346/2000*, cit., p. 604. V. PROTO, *Il regolamento*, cit., p. 10, evidenzia come il legislatore italiano, in particolare, non abbia adeguato la legge fallimentare alle novità introdotte dalla disciplina comunitaria; il riferimento è alla figura del Curatore provvisorio (art. 38 Regolamento) ed ai riflessi negativi della mancata previsione di tale figura nella nostra disciplina delle procedure concorsuali. Sul punto v. anche gli approfondimenti di C. VELLANI, *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, Milano, 2006, pp. 142 ss., spec. p. 148; nonché P. DE CESARI, *Diritto internazionale privato e processuale comunitario*, Torino, 2005, p. 181; F.M. MUCCIARELLI, *Eurofood, ovvero*, cit., p. 1229 e p. 1230.

⁽⁴⁴⁸⁾ L. FUMAGALLI, *Apertura della procedura principale*, cit., p. 337 e 338.

diversi ordinamenti degli Stati membri finiscano per stimolare ulteriormente il *forum e law shopping* in favore di quegli Stati che anticipano la produzione degli effetti sin dal momento della presentazione dell'istanza, o che considerano sufficiente, per l'apertura di una procedura, la nomina di un *provisional liquidator* ⁽⁴⁴⁹⁾.

A tal proposito, occorre ricordare che la Corte di Giustizia, occupandosi sempre del noto caso *Eurofood*, ha ascripto alla categoria delle “*decisioni di apertura*” rilevanti ex art. 16, par. 1, la pronuncia con cui il giudice di uno Stato membro ⁽⁴⁵⁰⁾, nelle more della valutazione in ordine all'accoglimento dell'istanza con cui si chiedeva l'avvio di una procedura concorsuale, aveva nominato un curatore provvisorio dotato di poteri che gli consentivano di privare gli amministratori dell'impresa del potere di gestire il patrimonio ⁽⁴⁵¹⁾. Secondo i giudici di Lussemburgo, un simile spossessamento implica per il debitore la perdita dei poteri di gestione sul proprio patrimonio. Sicché, anche con la nomina del *provisional liquidator*, le due conseguenze tipiche di una procedura di insolvenza, vale a dire la nomina di un curatore previsto dall'Allegato C e lo spossessamento del debitore, devono ritenersi già verificate, e sono dunque presenti tutti gli elementi costitutivi della definizione di procedura di insolvenza fornita dall'art. 1. Tale interpretazione, peraltro, non trova ostacoli nel fatto che il curatore di cui all'Allegato C possa essere un curatore nominato a titolo provvisorio ⁽⁴⁵²⁾.

⁽⁴⁴⁹⁾ F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali*, cit., p. 220, il quale, esamina il problema del *forum shopping* nell'ottica della concorrenza tra ordinamenti: “*gli Stati membri potrebbero essere incentivati a offrire alle imprese la possibilità di aprire immediatamente la procedura, con procedimenti sommari analoghi a quelli per nominare il provisional liquidator nell'ordinamento irlandese e in quello inglese*”; a ciò si aggiunga che, se il giudice che apre la procedura non compie un'indagine accurata sulla propria competenza internazionale, il criterio di priorità potrebbe accentuare il pericolo di dissociazione tra diritto societario e diritto fallimentare. Per analoghe considerazioni sul ruolo del diritto interno nel funzionamento del criterio di priorità v. F. PERSANO, *Il caso Eurofood, ovvero la contestuale apertura*, cit., p. 1273.

⁽⁴⁵⁰⁾ Nel caso di specie si trattava dell'Irlanda. L'art. 220 del *Companies Act* irlandese del 1963 stabilisce, tra l'altro, che “*la liquidazione di una società ad opera del giudice inizi al momento della presentazione della domanda di liquidazione*”

⁽⁴⁵¹⁾ Così I. QUEIROLO, *L'insolvenza transnazionale*, cit., p. 821; ID., *Apertura di una procedura*, cit., p. 915, nt. 5; ID., *Le procedure d'insolvenza*, cit., pp. 172 ss. I poteri del *provisional liquidator* sono così descritti da Corte di Giustizia CE, 2 maggio 2006, in causa C-341/04, cit., punto n. 20: “*potere di prendere possesso di tutti i beni di tale società [Eurofood], di gestirne gli affari, di aprire un conto bancario a nome della stessa e di ricorrere alle prestazioni di un consulente*”. La Corte precisa inoltre, che tale ipotesi si differenzia rispetto a quella disciplinata dall'art. 38 del Regolamento.

⁽⁴⁵²⁾ v. Corte di Giustizia CE, 2 maggio 2006, in causa C-341/04, *Eurofood IFSC Ltd*, in *Fallimento*, 2006, p. 1254, spec. punti nn. 54, 55, 56 e 58. La Corte ha in particolare sostenuto che

La Corte di Giustizia ha in tal modo scelto di valorizzare ⁽⁴⁵³⁾, ai fini dell'applicazione del criterio di priorità e della risoluzione del conflitto positivo di giurisdizione creatosi tra due Stati membri, una decisione provvisoria (la nomina del *provisional liquidator* irlandese) adottata, non solo in assenza di contraddittorio, ma anche, e soprattutto, senza preventiva valutazione della competenza internazionale ⁽⁴⁵⁴⁾.

Pertanto, pare ragionevole, oltre che condivisibile, il rilievo critico mosso da chi ha evidenziato l'apparente disinteresse della stessa Corte di Giustizia verso il concreto funzionamento delle procedure attraverso le quali si giunge alla nomina del liquidatore: anche una procedura sommaria, provvisoria e senza contraddittorio, infatti, viene ritenuta idonea a congelare la distribuzione della competenza internazionale tra i giudici dell'Unione, con tutto ciò che ne consegue in un modello di governo delle procedure di insolvenza transfrontaliere ispirato

l'art. 16, par. 1, “*deve essere interpretato nel senso che costituisce una decisione di apertura (...) la decisione pronunciata dal giudice di uno Stato membro investito di una domanda in tal senso, basata sull'insolvenza del debitore e finalizzata all'apertura di una procedura di cui all'allegato A (...), allorché tale decisione comporta lo spossessamento del debitore e comprende la nomina di un curatore previsto dall'allegato C*”. Nel senso che il provvedimento di nomina del *provisional liquidator* è da considerare una decisione ex art. 2, lett. e), Regolamento, ai fini del suo riconoscimento nello spazio giuridico europeo v. anche High Court (Eire), 27 giugno 2004, *Eurofood Ifsc Ltd*, in *Riv. dir. internaz. priv. e proc.*, 2005, pp. 209 ss.; v. anche Municipality Court Prague, 26 aprile 2005, in *ZIP*, 2005, 1401.

⁽⁴⁵³⁾ Corte di Giustizia CE, 2 maggio 2006, in causa C-341/04, cit., punto n. 52: “*al fine di assicurare l'efficacia del sistema istituito dal regolamento è necessario che il principio di riconoscimento (...) possa applicarsi appena possibile nel corso della procedura*”. Sul punto v. P. CATALLOZZI, *Il regolamento europeo*, cit., p. 1261.

⁽⁴⁵⁴⁾ F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali*, cit., p. 220, spec. nt. 62. Sul punto v. anche M.M. WINKLER, *Le procedure concorsuali relative ad imprese multinazionali: la Corte di Giustizia si pronuncia sul caso Eurofood*, in *Int'l Lis*, 2007, p. 15 e p. 16; nonché P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 89 ss., i quali esaminano gli ulteriori sviluppi di tale impostazione, con specifico riguardo ai provvedimenti cautelari e conservativi che possono essere disposti nel corso dell'istruttoria prefallimentare ex art. 15, co. 8, l. fall. In giurisprudenza v. Consiglio di Stato, 25 gennaio 2006, n. 269, in *Fallimento*, 2007, p. 262, che ha ritenuto che il decreto ministeriale di estensione dell'amministrazione straordinaria *Parmalat* fosse illegittimo a causa, tra l'altro, della mancata verifica della competenza internazionale ex art. 3, par., 1 (spec. punti nn. 14 e 18 della pronuncia). Va anche osservato che a conclusioni opposte rispetto a quelle della Corte di Giustizia era in precedenza giunto Trib. Parma, 20 febbraio 2004, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1568, spec. c. 1577, che, nel dichiarare lo stato di insolvenza della *Eurofood IFSC Ltd*, aveva tra l'altro affermato che “*la mera presentazione dell'istanza di liquidazione e la nomina del provisional liquidator da parte del giudice irlandese non [sono] di ostacolo alla dichiarazione di insolvenza da parte del giudice italiano e alla qualificazione della stessa come procedura principale*”; con specifico riferimento alla nomina del *provisional liquidator* si legge anche che “*trattasi all'evidenza di un provvedimento (...) che infatti nulla contiene in ordine all'insolvenza e che se ritiene implicitamente la competenza non affronta ex professo la questione che nessuno in tale sede ha potuto proporre*”.

all'universalità (solo eventualmente limitata) di quella principale e all'applicazione generalizzata della legge dello Stato di apertura ⁽⁴⁵⁵⁾.

Sebbene non si possa negare che la nomina del liquidatore provvisorio debba essere pur sempre confermata da una decisione definitiva, questa si resa in contraddittorio tra le parti, resta comunque il fatto che gli effetti della procedura concorsuale decorrono dalla nomina, ovvero dal momento in cui viene adottata la misura "cautelare", piuttosto che da quello successivo della sentenza ⁽⁴⁵⁶⁾, e che tale momento la Corte di Giustizia consideri decisivo ai fini della risoluzione di eventuali conflitti positivi di giurisdizione.

Vale anche la pena di ricordare che a soluzioni completamente opposte erano pervenuti i giudici che si erano occupati in Italia del caso *Eurofood*, sostenendo:

e1) non solo che *"non costituisce apertura di una procedura una decisione che dispone, allo stato degli atti ed in via meramente cautelare, senza entrare nel merito della vicenda, la nomina di un provisional liquidator"*;

e2) ma anche che *"la procedura di winding up by the Court (...) irlandese non produce effetti retroattivi con riferimento alla precedente nomina del provisional liquidator"* ⁽⁴⁵⁷⁾.

⁽⁴⁵⁵⁾ Così F.M. MUCCIARELLI, *Eurofood*, ovvero, cit. p. 1231 e p. 1232. Critica verso le conclusioni cui è pervenuta la Corte di Giustizia è anche L. BACCAGLINI, *Il caso Eurofood*, cit., p. 127, secondo la quale la decisione suscita *"invincibili perplessità"*, dovute, tra l'altro, al fatto che *"mentre la figura del provisional liquidator è contemplata nell'elenco dei soggetti curatorii all'allegato C del regolamento, l'allegato A non elenca la procedura irlandese provisional liquidation fra quelle di apertura della procedura di insolvenza. La riprova del fatto che tale provvedimento cautelare non integri gli estremi di una decisione di apertura nel significato richiesto dall'art. 16 del Reg. poggia, a nostro avviso, proprio nel dettato letterale dell'art. 38, ove il legislatore precisa che dette misure cautelari possono essere richieste negli Stati comunitari nel periodo che separa l'istanza di insolvenza dal momento della decisione resa in tal senso. Il che, a contrario, sembra far concludere per la necessità di una formale decisione e non di un mero provvedimento cautelare, onde affermare che una procedura di insolvenza sia stata legittimamente aperta"*. Considerazioni di tenore opposto, in relazione all'ordinamento tedesco, sono espresse da K. PANNEN, *sub art. 3*, in *European Insolvency Regulation*, cit., p. 120 e p. 121.

⁽⁴⁵⁶⁾ Questa fattispecie sembrerebbe comunque differenziarsi rispetto al vero e proprio meccanismo del c.d. *relation back*, in base al quale gli effetti connessi all'apertura della procedura di insolvenza retroagiscono fino al momento di presentazione dell'istanza. Sul punto v. F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali*, cit., p. 220; Id., *Eurofood*, ovvero, cit., p. 1232 e p. 1233, il quale osserva che *"un meccanismo come il relation back che attribuisce ex post valore al momento in cui si presenta l'istanza non può essere in grado di determinare gli effetti comunitari del principio di priorità, ma solo effetti di carattere nazionale"*. Nella dottrina straniera, nel senso che *"the relation back principle should be disregarded"* v. K. PANNEN, *sub art. 3*, in *European Insolvency Regulation*, cit., p. 119. Sul punto v. anche S. BARIATTI, *Il Regolamento n. 1346/2000 davanti alla Corte di Giustizia: il caso Eurofood*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, II, 203.

⁽⁴⁵⁷⁾ TAR Lazio, sezione III, sentenza 16 luglio 2004, n. 6998, in *Foro it.*, 2004, III, c. 615, con nota redazionale di M. FABIANI, spec. c. 621. Nello stesso senso, Trib. Parma, 20 febbraio 2004, cit.

Concludendo sul punto, si potrebbe addirittura ipotizzare che l'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia non sia perfettamente in linea con tutte le *policies* espresse dal Regolamento, improntate ai valori dell'efficacia e dell'efficienza delle procedure concorsuali. L'efficienza, in particolare, non dovrebbe essere intesa come semplice sinonimo di rapidità delle decisioni di apertura e dell'andamento delle corrispondenti procedure concorsuali. Al contrario, essa dovrebbe implicare la necessità di assicurare ai creditori una sufficiente certezza del luogo in cui verrà aperta la procedura e, indirettamente, anche della legge concorsuale applicabile. Tale certezza, tuttavia, non sembra realmente garantita se l'individuazione della legge applicabile può essere condizionata dalle *technicalities* di ogni singolo ordinamento, le quali potrebbero, a loro volta, agevolare la dissociazione tra la disciplina concorsuale prevista dai creditori (quella del *comi*) e quella dello Stato in cui la decisione di apertura viene assunta per prima, senza neppure accertare la localizzazione del “*centro degli interessi dei creditori*”.

2.1.- La procedura secondaria come possibile correttivo agli “errori” sulla giurisdizione: il caso *Illochroma*.

Il caso *Illochroma*, pur collocandosi temporalmente dopo l'intervento della Corte di Giustizia nella nota vicenda *Eurofood* ⁽⁴⁵⁸⁾, offre un'efficace testimonianza della persistente diversità degli approcci concretamente utilizzati, soprattutto in giurisprudenza, nell'interpretazione dei concetti di *comi* e di *dipendenza*. Esso conferma, inoltre, che la rigida applicazione del criterio di priorità e del principio di automatico riconoscimento, sommata alla malleabilità dei criteri di collegamento su cui si è preteso di poggiare l'intero modello *universal modified* europeo e alla mancata predisposizione di vere e proprie procedure di risoluzione dei conflitti, può essere talvolta strumentalizzata, traducendosi nell'adozione di soluzioni giurisprudenziali che (sia pure in modo inconsapevole) favoriscono il *forum shopping*. Nel tentativo di porvi rimedio, in una sorta di reazione a catena, queste ultime sono il più delle volte seguite da altre decisioni giudiziarie, formalmente animate dalla necessità di tutelare irriducibili

⁽⁴⁵⁸⁾ Per maggiori dettagli v. *infra*, cap. III.

interessi locali, ma sostanzialmente sospinte dalla comprensibile insofferenza verso presunte ed indebite sottrazioni della propria *international jurisdiction*. E' proprio questo il contesto di “*tensioni e tentazioni*” di cui si è parlato in dottrina ⁽⁴⁵⁹⁾, nel quale il diritto delle imprese in crisi sembra passare malinconicamente in secondo piano, rispetto ai problemi di ordine pubblico ed ai conflitti di giurisdizione scatenati dal Regolamento.

Nel caso in questione, una società avente sia la sede legale sia il suo unico stabilimento produttivo in Italia, è stata inizialmente sottoposta all'apertura di una procedura principale in Francia ⁽⁴⁶⁰⁾. Il giudice francese, infatti, ha ritenuto che in tale Stato fossero state svolte le funzioni direttive dell'intero gruppo in cui la società era inserita e che ivi fosse, per tale motivo, localizzabile anche il *comi* della controllata italiana (c.d. *group comi approach*) ⁽⁴⁶¹⁾. A quanto pare, inoltre, tale decisione non è stata contestata secondo le modalità previste dalla legge dello Stato di apertura.

Successivamente, il Tribunale italiano di Ivrea, su domanda di vari creditori locali, ha dichiarato il fallimento della stessa società “*ai sensi dell'art. 3, par. 2 e degli artt. 27 ss. del Regolamento CE n. 1346/2000, limitatamente ai beni presenti in Italia*” ⁽⁴⁶²⁾, rilevando, in particolare, che:

a1) la giurisdizione in ordine all'apertura di una procedura principale spetta al giudice dello Stato membro in cui si trova il *comi* (art. 3, par. 1);

⁽⁴⁵⁹⁾ Ancora una volta si riporta nel testo l'efficace espressione utilizzata da A. MAZZONI, *Concordati di gruppi transfrontalieri*, cit., p. 553.

⁽⁴⁶⁰⁾ Più in particolare, il *Tribunal de Commerce de Roubaix-Tourcoing*, ha dapprima ammesso la società alla procedura di *redressement judiciaire* (21 aprile 2008), e poi mutato tale procedura in *liquidation judiciaire* (15 luglio 2008). A tal riguardo, G. MONTELLA, *La procedura secondaria: un rimedio contro il forum shopping del debitore nel Regolamento CE n. 1346/2000*, in *Fallimento*, 2009, p. 1300, afferma chiaramente che “*di fronte alla coincidenza in Italia della sede legale del debitore con l'unico suo stabilimento, la competenza internazionale del giudice concorsuale francese appariva difficilmente compatibile con la giurisprudenza della Corte di Giustizia*”.

⁽⁴⁶¹⁾ A tal riguardo, nella decisione della Corte di Appello di Torino, relativa alla vicenda Illochroma (v. *infra*, nt. 213), si può leggere che “*il Tribunale di commercio di Roubaix-Tourcoing, premesso che la Illochroma I. è società del gruppo omonimo, con a capo la Illochroma G., holding finanziaria di diritto belga che detiene il 100% delle quote delle partecipate, tra cui, appunto, la Illochroma I. e la Illochroma F., ha ritenuto che il socio di maggioranza della holding, D.M., titolare del 93% delle quote di quest'ultima, gestiva le attività del gruppo e delle partecipate dalla sede della Illochroma F. (...). Presso tale sede, ha ritenuto il giudice transalpino, si svolgeva l'effettiva attività di direzione generale, operativa e strategica, era assunta la maggior parte delle decisioni riguardanti il gruppo e ciascuna società controllata, si svolgevano le riunioni con i responsabili operativi delle entità straniere e si definivano le politiche commerciali*”.

⁽⁴⁶²⁾ Cfr. Queste sono le parole utilizzate da App. Torino, 10 marzo, 2009, in *Fallimento*, 2009, p. 1293.

a2) per le società e le altre persone giuridiche, si presume che il *comi* coincida con la sede statutaria;

a3) la decisione di apertura della procedura principale è efficace ed è riconosciuta negli altri Stati membri senza alcuna formalità;

a4) se i giudici degli altri Stati membri non possono aprire un'altra procedura principale a carico del medesimo debitore è però possibile che essi dichiarino l'apertura di una procedura secondaria (art. 3, par. 2, e par. 3; art. 16, par. 2), nello Stato membro in cui il debitore possiede una dipendenza, con effetti limitati ai beni presenti sul territorio di quest'ultimo Stato;

a5) per dipendenza deve intendersi qualsiasi luogo di operazioni in cui il debitore esercitava in maniera non transitoria un'attività economica con mezzi umani e con beni.

Avverso tale decisione, il curatore della procedura principale francese ha proposto reclamo *ex art. 18 l. fall.* ⁽⁴⁶³⁾, contestando, in particolare, la nozione di dipendenza adottata dal giudice italiano, che avrebbe consentito a quest'ultimo di aprire una procedura secondaria, sebbene la società debitrice fosse dotata di un'unica sede e di un unico stabilimento. Secondo il curatore reclamante, infatti, per aversi una "dipendenza" *ex art. 2, lett. h)*, occorrerebbero necessariamente una pluralità di sedi della stessa impresa, dislocate in ordinamenti diversi, e dunque molteplici centri, fra loro distinti e autonomi, in cui si svolga l'attività economica dell'unico debitore. Solo in quest'ottica sarebbe possibile concepire la contemporanea pendenza di una procedura principale e di eventuali procedure secondarie. In altri termini, se queste ultime fossero aperte in assenza di una pluralità di sedi, finirebbero necessariamente per concorrere sui medesimi beni del debitore e si determinerebbe, in tal modo, una totale sovrapposizione di

⁽⁴⁶³⁾ Con specifico riferimento alla legittimazione del curatore della procedura principale aperta all'estero a proporre reclamo *ex art. 18* avverso la sentenza dichiarativa di fallimento, App. Torino, 10 marzo, 2009, cit., p. 1295, ha affermato che la "*naturale interferenza delle due procedure, derivante dal fatto che quella secondaria è destinata per sua stessa definizione a dirottare la liquidazione dei beni dall'ordinamento dello Stato di apertura a quello dello Stato membro in cui è disposta la procedura secondaria, rende di per sé concreto ed attuale l'interesse del curatore del procedimento (...) principale a manifestare la propria eventuale scelta oppositiva, in via generale ed anticipata, alla procedura secondaria, mediante l'impugnazione del provvedimento che la instaura*".

procedimenti identici, con conseguente paralisi della procedura principale già aperta e diniego, di fatto, del suo riconoscimento (⁴⁶⁴).

Come si è già avuto modo di evidenziare nel corso della trattazione (⁴⁶⁵), la Corte di Appello di Torino, partendo dal presupposto che la decisione di apertura francese e l'accertamento in essa contenuto circa la localizzazione del *comi* fossero di per sé incontestabili in Italia, ha correttamente rilevato come, nel caso di specie, si trattava di stabilire se fosse consentita o meno l'apertura di una procedura secondaria, concorrente con quella principale, nonostante l'assenza di una pluralità di sedi produttive o amministrative della stessa impresa, ed in presenza, al contrario, di un solo sito di produzione, per di più coincidente con la sede legale (⁴⁶⁶). Ciò detto, però, i giudici torinesi hanno insistito sul fatto che il Regolamento non distingue tra “*sede principale e sedi secondarie*”, bensì fra *comi* e dipendenze: il primo, in particolare, può prescindere dal luogo in cui è ubicato il fattore capitale e dislocata la forza lavoro; le seconde, invece, presuppongono un rapporto subalterno non necessariamente rispetto ad altra struttura produttiva, ma con il principale centro direttivo, abbia o non quest'ultimo una propria autonomia sotto il profilo prettamente aziendale (⁴⁶⁷). Inoltre, anche le obiezioni del curatore francese inerenti alla scarsa funzionalità di procedure (principale e secondaria) eventualmente concorrenti sui medesimi beni dovrebbero essere superate, giacché nel Regolamento universalità e territorialità sembrerebbero destinate a contemperarsi in vista del conseguimento di un risultato comune. Tale ultimo assunto, in particolare, sarebbe dimostrato dall'esistenza di numerose disposizioni che agevolano l'interscambio tra i diversi tipi di procedure: “*proprio la circostanza per cui la procedura secondaria presenta ampi margini di intervento a vantaggio del curatore del procedimento principale dimostra che i principi di*

(⁴⁶⁴) Cfr. App. Torino, 10 marzo, 2009, cit., p. 1293. Sul punto v. anche M. PASSALACQUA, D. BENINCASA, C. ALESSI, *Rapporti tra procedura principale e procedure secondarie nel Regolamento (CE) 1346/2000*, in *Crisi di imprese: casi e materiali*, a cura di F. BONELLI, Milano, 2011, p. 329.

(⁴⁶⁵) V. *supra*, par. 1.2.

(⁴⁶⁶) App. Torino, 10 marzo, 2009, cit., p. 1296.

(⁴⁶⁷) App. Torino, 10 marzo, 2009, cit., p. 1297, ove anche l'ulteriore precisazione che la “*diversa valenza dei due concetti esclude che il riconoscimento della pronuncia che dispone la procedura principale possa ipotecare in alcun modo il tema di ammissibilità di quella secondaria. L'efficacia del primo opera a livello processuale, impedendo un'ulteriore e antagonista dichiarazione di insolvenza principale da parte dei giudici di altro Stato membro, nonché a livello determinativo della lex fori concursus (art. 4), ma non anche nel senso di precludere o limitare l'accertamento delle condizioni di instaurazione di un procedimento d'insolvenza secondario*”.

cooperazione e di reciproco affidamento prevalgono nel perseguire un interesse comune, consistente nel governare efficacemente l'insolvenza" ⁽⁴⁶⁸⁾.

A dire il vero, benché la Corte di Appello di Torino abbia ribadito a chiare lettere l'inattaccabilità della decisione francese di apertura della procedura principale, non è difficile rintracciare espliciti riferimenti alla dubbia compatibilità di quest'ultima "*con la giurisprudenza della Corte di Giustizia europea in materia di centro degli interessi principali*". Sicché, nella concreta impossibilità di rimettere in discussione ciò che invece dovrebbe essere cristallizzato e automaticamente riconosciuto *ex art. 16, par. 1*, tutto il ragionamento su cui si basa il rigetto del reclamo proposto dal curatore francese pare orientato, più che da ogni altra esigenza, dalla impellente necessità di fornire un valido appiglio all'apertura della procedura secondaria italiana, dinanzi alla previa apertura di una procedura principale straniera (probabilmente) svincolata dal posizionamento del *comi*.

In quest'ottica, che la procedura locale secondaria sembra essere configurata quale ultimo rimedio attuabile, non solo contro le pratiche di *forum* e *law shopping*, ma anche contro tutte quelle decisioni di apertura che appaiano manifestamente infondate o, comunque, troppo frettolose ⁽⁴⁶⁹⁾. In altre parole, l'apertura della procedura secondaria si pone quale strumento di difesa e protezione da eventuali (anche presunte) sottrazioni di competenza internazionale, sebbene sia innegabile che l'adozione della decisione di apertura principale, che si presume sostanzialmente infondata, possa essere ricondotta alla eterogeneità di approcci che le corti dei diversi Stati membri seguono nella localizzazione del *comi*.

Il caso *Illochroma*, in definitiva, sembra caratterizzarsi per il fatto che l'apertura della procedura secondaria in Italia non è stata accompagnata, né dalla disamina di particolari esigenze di liquidazione del patrimonio del debitore e di

⁽⁴⁶⁸⁾ App. Torino, 10 marzo, 2009, cit., p. 1298.

⁽⁴⁶⁹⁾ Sul punto v. il commento adesivo di G. MONTELLA, *La procedura secondaria: un rimedio contro il forum shopping del debitore nel Regolamento CE n. 1346/2000*, cit., p. 1300, il quale evidenzia che la corte "*ha dato atto (...) che in realtà tutta la struttura imprenditoriale della debitrice italiana era probabilmente collocata in Italia (...). Anzitutto, infatti, la Corte ha (...) dato per verosimile che in realtà il centro degli interessi principali di quel debitore fosse in Italia, e non in Francia*"; ma v. anche p. 1301, ove si afferma in modo chiaro che "*il soggetto istante in Francia è riuscito a convincere il giudice di Roubaix che il COMI del debitore era, appunto, in Francia, e quel giudice ha quindi aperto lui una procedura principale francese. Una decisione che per gli eventuali dissenzienti lasciava aperte, alla luce di quanto si è anticipato, solo due strade: o impugnare la decisione francese in Francia, o far aprire una procedura secondaria in Italia*".

specifici interessi di determinati creditori locali, né da una valutazione circa l'utilità ed i vantaggi per l'intero ceto creditorio e la possibile duplicazione dei costi di gestione. A ben guardare, in effetti, la procedura locale sembra essere utilizzata: *b1*) per un verso, quale strumento di reazione al presunto *forum shopping* attuato dal debitore insolvente ⁽⁴⁷⁰⁾; *b2*) per l'altro, quale mezzo di correzione dei conseguenti "errori" sulla giurisdizione, in cui sarebbero stati indotti altri giudici dell'Unione ⁽⁴⁷¹⁾. In tal modo, la possibilità che l'imprenditore in crisi possa scegliere autonomamente la procedura ritenuta più efficiente, o più consona rispetto ad eventuali esigenze di ristrutturazione, viene "postergata" rispetto a quella degli Stati membri di mantenere il controllo delle procedure che presentino in qualche modo elementi di collegamento con il proprio territorio, sia pure al fine di salvaguardare interessi generali o particolari altrettanto meritevoli di tutela ⁽⁴⁷²⁾.

3.- Effetti del riconoscimento della decisione di apertura e delle "altre decisioni" relative allo svolgimento e alla chiusura della procedura di insolvenza.

Si è già osservato come, nel caso di insolvenze transfrontaliere, uno dei punti più nevralgici sia da sempre rappresentato dalla concreta individuazione degli

⁽⁴⁷⁰⁾ Gli stessi P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., pp. 108 e 109, spec. nt. 97, ammettono che il caso *Illochroma*, o meglio l'apertura del fallimento "secondario" in Italia, potrebbe rappresentare un esempio non dichiarato del *forum e law shopping* attuato (non dal debitore, ma) da alcuni creditori locali (lavoratori); questi ultimi, infatti, in qualità di lavoratori dipendenti di un imprenditore sottoposto a procedura concorsuale all'estero, avevano tutto l'interesse a che il fallimento fosse aperto anche in Italia, in modo tale da poter usufruire con meno rischi, una volta ammessi al passivo, della surroga del Fondo di Garanzia costituito presso l'INPS, per quanto concerne il pagamento delle ultime tre mensilità e del TFR.

⁽⁴⁷¹⁾ In questi termini v. M. PASSALACQUA, D. BENINCASA, C. ALESSI, *Rapporti tra procedura principale e procedure secondarie nel Regolamento (CE) 1346/2000*, cit., p. 333: gli Autori, inoltre, descrivono (pp. 334 ss.) una decisione della Corte di Appello di Versailles (relativa al caso *Rover france*), nella quale, si evidenzia che l'apertura di una procedura secondaria non potrebbe prescindere dalla valutazione circa la sua utilità ed i vantaggi concreti che essa potrebbe determinare per i creditori. Al contrario, P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 85, esaltano il ruolo della procedura secondaria quale "meccanismo autoregolatore, idoneo a riequilibrare (...) le conseguenze di eventuali errori sulla giurisdizione in cui sia incorso il giudice dell'apertura" della procedura principale.

⁽⁴⁷²⁾ Nel senso che dovrebbe essere accettata l'idea che un ordinamento ispirato a principi libero concorrenziali possa valorizzare l'autonomia privata nella scelta della procedura più efficiente v. M.V. BENEDETTELLI, *Centro degli interessi principali*, cit., p. 529.

effetti che la decisione di apertura estera, una volta riconosciuta, produce nell'ordinamento italiano. A tal proposito, com'è noto, alla teoria della “*estensione*” degli effetti si contrappone tradizionalmente quella della “*assimilazione*”: i sostenitori della prima, in particolare, ritengono che alla decisione straniera di apertura lo Stato *ad quem* (ordinamento di destinazione) debba attribuire gli stessi effetti prodotti da quest'ultima nello Stato *a quo* (ordinamento di origine); i sostenitori della seconda, al contrario, ritengono che la decisione straniera di apertura, una volta riconosciuta, debba produrre nello Stato *ad quem* gli stessi effetti di un'analogica decisione locale. Si differenzia da entrambe le teorie appena descritte, collocandosi a metà strada tra l'una e l'altra, quella del c.d. “*doppio limite*” o del “*massimo comune denominatore*” ⁽⁴⁷³⁾, in base alla quale la sentenza straniera riconosciuta dovrebbe necessariamente produrre, nello Stato del riconoscimento, effetti compatibili, sia con l'ordinamento dello Stato *a quo*, sia con l'ordinamento dello Stato *ad quem*.

Per ciò che rileva in questa sede, in via di estrema sintesi, si può affermare che nello spazio giudiziario europeo, grazie soprattutto allo stimolo ricevuto da alcune pronunce della Corte di Giustizia ⁽⁴⁷⁴⁾, maggior successo è stato progressivamente riconosciuto alla teoria della “*estensione*” degli effetti.

Conferma tale assunto anche la disciplina europea delle insolvenze transfrontaliere. Nel caso in cui ricorrano i presupposti per l'applicazione del Regolamento, infatti, un'esplicita ⁽⁴⁷⁵⁾ indicazione sugli effetti prodotti dalla

⁽⁴⁷³⁾ L'espressione è di G. MONTELLA, *Riconoscimento ed effetti in Italia delle procedure extracomunitarie di insolvenza*, in *Fallimento*, 2008, p. 576, il quale, a p. 578, chiarisce che “*la affermazione che la decisione estera di insolvenza, una volta riconosciuta, può (ma anche deve) svolgere da noi gli stessi effetti che essa ha nell'ordinamento di provenienza, dovrebbe essere interpretata in senso appunto non formale di identità di istituti, bensì funzionale, nel senso che tale decisione può dar luogo, beninteso secondo i mezzi e le procedure giuridiche italiane, a tutti gli effetti che la legge di provenienza le annette, purché però si tratti di effetti sostanzialmente e funzionalmente analoghi a quelli di analogia decisione italiana*”. Le difficoltà connesse all'estensione degli effetti nascono, in particolare, nell'ipotesi in cui lo Stato richiesto si trova a dover riconoscere effetti ulteriori o sconosciuti rispetto a quelli di analoghe decisioni interne; da qui l'elaborazione della teoria del c.d. doppio limite: sul punto v. C. CONSOLO, *Nuovi problemi di diritto processuale civile internazionale*, Milano, 2002, p. 27; nonché S.M. CARBONE, *Lo spazio giudiziario europeo in materia civile e commerciale*, VI ed., Torino, 2009, pp. 222 ss.

⁽⁴⁷⁴⁾ A partire da Corte di Giustizia CE, 4 febbraio 1988, in causa C-145/86, in *Foro it.*, 1988, IV, c. 321.

⁽⁴⁷⁵⁾ In questo senso C. PUNZI, *Le procedure*, cit., p. 1018; G. MONTELLA, *Riconoscimento*, cit., p. 575.

decisione di apertura è offerta, oltre che dal *considerando* n. 22 ⁽⁴⁷⁶⁾, anche e soprattutto dall'art. 17, stando al quale, la decisione di apertura di una procedura principale ex art. 3, par. 1, produce in ogni altro Stato membro, senza alcuna formalità, gli effetti previsti dalla legge dello Stato di apertura, salvo eventuali disposizioni contrarie contenute nel Regolamento stesso (cfr. art. 17, par. 1). Ciò non toglie che l'estensione degli effetti ⁽⁴⁷⁷⁾ in tal modo garantita alla decisione di apertura della procedura principale sia risolutivamente condizionata dall'eventuale e successiva apertura di una o più procedure secondarie (ex art. 3, par. 2, e par. 3): in questo caso, si badi bene, neppure gli effetti delle procedure secondarie "possono essere contestati" negli altri Stati membri (cfr. art. 17, par. 2).

In altre parole, salvo disposizione contraria, sia gli effetti della procedura principale, sia i poteri del suo curatore (cfr. art. 18, par. 1), così come delineati dalla *lex concursus* dello Stato di apertura e integrati dal Regolamento, si estendono anche al territorio degli altri Stati membri. Almeno fino a quando non siano aperte delle procedure locali secondarie: in siffatte circostanze, la decisione di apertura della procedura principale cessa di produrre gli effetti tipicamente previsti dalla *lex concursus* nel territorio in cui si dipana la procedura secondaria ⁽⁴⁷⁸⁾.

Con specifico riferimento al contenuto dell'art. 17 e, in particolare, all'estensione degli effetti della procedura principale ivi contemplata, in dottrina è stato osservato che l'effettiva cooperazione giudiziaria in materia insolvenza dovrebbe significare rispetto per il provvedimento di apertura così come previsto nell'ordinamento di provenienza, in modo da attribuire ad esso, nello Stato

⁽⁴⁷⁶⁾ V. *considerando* n. 22, nella parte in cui si afferma che "il riconoscimento automatico dovrebbe pertanto avere per conseguenza che gli effetti che il diritto dello Stato di apertura della procedura comporta per la stessa si estendono ai rimanenti Stati membri".

⁽⁴⁷⁷⁾ L'uso di questa formula non è casuale. P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 166, osservano al riguardo che la chiara formulazione dell'art. 17, par. 1 lascia ben poco spazio alla teoria del doppio limite. Sul punto v. anche I. QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 227; G. MONTELLA, *op. loc. ult. cit.*, il quale ritiene che la soluzione offerta dall'art. 17 del Regolamento dovrebbe essere vista come la conferma di un principio immanente nel nostro ordinamento, applicabile anche alle decisioni extracomunitarie (commento a Trib. Napoli, 10 gennaio 2008, in *Fallimento*, p. 571).

⁽⁴⁷⁸⁾ L. DANIELE, *Il Regolamento n. 1346/2000*, cit., p. 608: l'Autore inoltre osserva che la stessa regola vale anche nel caso in cui risulti già aperta una procedura indipendente. Sul punto v. anche F. DE SANTIS, *La normativa comunitaria*, cit., p. 98, il quale evidenzia che è questo il momento in cui "sorge l'esigenza del coordinamento".

richiesto, anche effetti ulteriori rispetto a quelli attribuiti ad analoghi provvedimenti di matrice locale ⁽⁴⁷⁹⁾.

La formulazione della norma, inoltre, ha spinto gli interpreti a distinguere ipotesi differenti. Come abbiamo già visto, nel caso in cui sia aperta una procedura principale, il Regolamento ne asseconda la vocazione tendenzialmente universale, mediante l'espansione dei suoi effetti in tutti gli altri Stati dell'Unione (art. 17, par. 1). L'apertura della procedura principale, tuttavia, non costituisce un impedimento:

- a1) né alla successiva apertura di una o più procedure locali secondarie;
- a2) né alla preventiva apertura di una o più procedure locali indipendenti.

In entrambi i casi, si assiste ad una limitazione territoriale (*ex post* o *ex ante*) degli effetti della procedura principale, almeno fino a quando le procedure locali siano in corso ⁽⁴⁸⁰⁾. Peraltro, occorre ricordare che anche per le procedure locali, secondarie o indipendenti che siano, vale il principio generale dell'automatico riconoscimento della decisione di apertura ⁽⁴⁸¹⁾.

Con specifico riferimento agli effetti delle procedure locali, l'art. 17, par. 2, utilizzando un'espressione diversa rispetto a quella con cui l'art. 17, par. 1, ha consacrato l'estensione degli effetti della procedura principale, stabilisce che gli effetti delle procedure di cui all'art. 3, par. 2, “*non possono essere contestati negli altri Stati membri*” ⁽⁴⁸²⁾. Secondo alcuni, tale formula sarebbe da riferire esclusivamente agli effetti prodotti dalle procedure secondarie e si spiegherebbe col fatto che solo a queste procedure, sebbene territorialmente circoscritte ai beni del debitore localizzati nello Stato della dipendenza, lo stesso Regolamento riconosca talvolta attitudine a produrre effetti che ne travalicano i confini (cfr. art.

⁽⁴⁷⁹⁾ I. QUEIROLO, *Le procedure di insolvenza nella disciplina comunitaria*, Torino, p. 227; ID., *Apertura di una procedura principale di insolvenza e provvedimenti esecutivi in altro Stato membro*, in *Fallimento*, 2010, p. 917. Sul punto v. anche B. WESSELS, *International Bankruptcy Law*, cit., p. 487: “*in any member State the same legal effects are produced as under the law of the State of the opening proceedings*”.

⁽⁴⁸⁰⁾ E.F. RICCI, *Le procedure locali*, cit., p. 907, chiarisce che “*gli effetti delle procedure locali prevalgono su quelli della procedura principale*”.

⁽⁴⁸¹⁾ Non può sfuggire il fatto che l'art. 16, par. 1, affermando il principio dell'automatico riconoscimento della decisione di apertura, richiami genericamente tutte le procedure aperte ai sensi dell'art. 3, senza distinzioni di sorta, e, dunque, anche quelle locali. In questo senso L. DANIELE, *Il Regolamento n. 1346/2000*, cit., p. 611.

⁽⁴⁸²⁾ E.F. RICCI, *Le procedure locali*, cit., p. 906, parla a tal proposito di “*protezione universale degli effetti locali della procedura*”, aggiungendo che “*il principio di territorialità delimita infatti lo spazio entro il quale gli effetti delle procedure locali si producono, ma non anche lo spazio entro il quale tali effetti devono essere protetti*”.

18, par. 2) ⁽⁴⁸³⁾. Questa tesi, pur cogliendo una differenza sostanziale tra le diverse tipologie di procedure locali ammesse nel modello *universal modified* europeo, sembra però in aperto contrasto con la formulazione letterale dello stesso art. 17, par. 2, nella parte in cui sancisce l'impossibilità di contestare gli effetti di tutte le procedure “*di cui all'articolo 3, paragrafo 2*”, ossia, di tutte le procedure aperte ove il debitore possieda una dipendenza ⁽⁴⁸⁴⁾. Pertanto, nel caso in cui la procedura indipendente preceda quella principale, non solo l'apertura della prima procedura dovrebbe essere automaticamente riconosciuta (art. 16, par. 1), ma neppure i suoi effetti potrebbero essere contestati negli altri Stati membri (art. 17, par. 2), indipendentemente dal fatto che altre disposizioni dello stesso Regolamento riconoscono poteri specifici al solo curatore della procedura locale secondaria e non anche a quello della procedura locale indipendente ⁽⁴⁸⁵⁾.

Come già visto, il riconoscimento automatico ed immediato, senza necessità di alcun procedimento *ad hoc*, è previsto non solo per la decisione di apertura, ma anche per tutte le altre decisioni concernenti lo svolgimento e la chiusura di una procedura di insolvenza (cfr. art. 25, par. 1, primo comma, prima parte). E' però lo stesso Regolamento (cfr. art. 25, par. 1, primo comma, seconda parte) a circoscrivere la portata del riconoscimento automatico ai soli effetti dichiarativi e costitutivi delle “*decisioni relative allo svolgimento e alla chiusura di una procedura di insolvenza*”. Qualora il curatore voglia avvalersi dei relativi effetti esecutivi ⁽⁴⁸⁶⁾, dovrà pertanto ricorrere alla specifica procedura di *exequatur*,

⁽⁴⁸³⁾ La tesi riportata nel testo è stata recentemente sostenuta da P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 165. A ben guardare, infatti, secondo quanto previsto dall'art. 18, par. 2, il curatore della procedura secondaria “*può, in ogni altro Stato membro, far valere in via giudiziaria o in via stragiudiziaria che un bene mobile è stato trasferito dal territorio dello Stato di apertura nel territorio di tale altro Stato membro dopo l'apertura della procedura di insolvenza*”, nonché “*esercitare ogni azione revocatoria che sia nell'interesse dei creditori*”. Su questo punto v. anche C. CARRARA, *Giurisdizione italiana in materia fallimentare*, cit., p. 467; nonché L. DANIELE, *Il Regolamento n. 1346/2000*, cit., p. 612; B. WESSELS, *International Bankruptcy Law*, cit., p. 488.

⁽⁴⁸⁴⁾ E.F. RICCI, *Le procedure locali*, cit., pp. 906 ss., ascrive alle caratteristiche comuni delle procedure locali quella della “*protezione ovunque degli effetti territoriali*” ex art. 17, par. 2. La seconda parte dell'art. 17, par. 2, stabilisce, inoltre, che qualsiasi “*limitazione dei diritti dei creditori, in particolare una dilazione di pagamento o la remissione di un debito risultante da tale procedura, può essere fatta valere per i beni situati nel territorio di un altro Stato membro soltanto nei confronti dei creditori che vi hanno acconsentito*”.

⁽⁴⁸⁵⁾ A tal riguardo, P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 165, ritengono che la decisione di apertura della procedura locale indipendente, pur dovendo essere automaticamente riconosciuta ex art. 16, par. 1, non sia richiamata dall'art. 17; da ciò discenderebbe la “*territorialità assoluta*” delle procedure indipendenti.

⁽⁴⁸⁶⁾ Secondo C. PUNZI, *Le procedure*, cit., p. 1018, il riconoscimento riguarda l'operare degli effetti dichiarativi e/o costitutivi di tali atti, mentre l'esecuzione riguarda loro attuazione coattiva.

disciplinata dagli artt. 31 – 51 della *Convenzione di Bruxelles* del 27 settembre 1968, ora trasfusa nel Regolamento CE n. 44/2001 del 22 dicembre 2000, concernente la competenza giurisdizionale e il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale ⁽⁴⁸⁷⁾.

Se da un lato, dunque, il Regolamento elimina la necessità di attivare specifiche procedure interne di delibazione, al fine di consentire alla decisione straniera di produrre gli effetti di accertamento e costitutivi che le sono propri, dall'altro, invece, richiede necessariamente la messa in opera di un meccanismo giudiziario per la produzione di effetti esecutivi. Questi ultimi, in altre parole, sono esplicitamente immunizzati dall'influenza e dalle conseguenze del principio di automaticità.

La formulazione letterale dell'art. 25, par. 1, peraltro, ha spinto una parte minoritaria della dottrina a rimarcare l'assenza, nella disposizione stessa, di ogni riferimento agli effetti della decisione di apertura, sicché, per quest'ultima, non sarebbe comunque necessaria alcuna procedura preliminare di *exequatur* ⁽⁴⁸⁸⁾, neppure per avvalersi degli effetti esecutivi ad essa eventualmente riconducibili. La soluzione opposta è invece sostenuta dalla dottrina prevalente, che tende a ricondurre la mancata menzione della decisione di apertura da parte dell'art. 25, par. 1, ad un mero difetto di coordinamento: in virtù di tale premessa, il rapporto tra l'art. 16 e l'art. 25 dovrebbe essere correttamente inteso nel senso che, ove anche la decisione di apertura produca effetti che abbisognino di essere sottoposti

Sul punto v. ATTARDI, *La nuova disciplina in tema di giurisdizione italiana e di riconoscimento delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. civ.*, 1995, I, p. 755; C. CONSOLO, *Nuovi problemi*, cit., p. 27; FUMAGALLI, *op. ult. cit.*, p. 702; M. FABIANI, *Diritto fallimentare*, cit., p. 54.

⁽⁴⁸⁷⁾ Così C. PUNZI, *Le procedure*, cit., p. 1027, il quale parla di “antico retaggio della sovranità assoluta sul territorio”. Sul procedimento previsto dal Regolamento n. 44/2001 per ottenere l'efficacia esecutiva v. P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 172 e p. 173, i quali precisano che “la procedura di ottenimento dell'*exequatur* è finalizzata solo all'ottenimento della formula esecutiva, e cioè del titolo esecutivo per agire in uno Stato diverso da quello di apertura: conseguito tale titolo, l'interessato dovrà attivarsi secondo le regole e le procedure dello Stato ad quem”.

⁽⁴⁸⁸⁾ S. GIOVANNINI, *Apertura di una procedura principale*, cit., p. 78; I. QUEIROLO, *Insolvenza transnazionale*, cit., p. 834, secondo cui “sono soggette al procedimento di *exequatur* esclusivamente le decisioni differenti da quelle che stabiliscono l'apertura del procedimento concorsuale. Questo significa che la dicotomia tra effetti dichiarativi, costitutivi, accertativi ed effetti esecutivi si riscontra esclusivamente per quanto riguarda le sentenze differenti da quella che dispone l'avvio della procedura di insolvenza”.

ad esecuzione, la fattispecie dovrebbe essere regolata dall'art. 25 e non dall'art. 16, concernente, per l'appunto, il solo riconoscimento ⁽⁴⁸⁹⁾.

Va evidenziato, infine, che agli effetti generali di natura dichiarativa e costitutiva, prodotti dalla dichiarazione di insolvenza secondo la *lex fori concursus* dello Stato di apertura ed estesi ad ogni altro Stato membro, si aggiungono poi effetti specifici, previsti espressamente dalla disciplina comunitaria ⁽⁴⁹⁰⁾. Si pensi, in particolare, all'art. 18, par. 1, secondo cui il curatore della procedura principale può esercitare tutti i poteri che gli sono attribuiti dalla legge dello Stato di apertura ⁽⁴⁹¹⁾, non solo in tale Stato, bensì anche in ogni altro Stato membro ⁽⁴⁹²⁾: all'estensione degli effetti della procedura principale è in tal modo associata l'estensione dei poteri del suo curatore all'interno dell'Unione. E' bene ricordare, però, che siffatta estensione vale fintanto che, in un differente Stato membro, non sia dichiarata l'apertura di una procedura locale secondaria o non venga ivi adottata alcuna misura conservativa contraria ⁽⁴⁹³⁾, come conseguenza della domanda di apertura di una procedura d'insolvenza. Nell'esercizio dei propri poteri, inoltre, il curatore della procedura principale dovrà rispettare la legge dello Stato membro nel cui territorio intende agire e, in particolare, le modalità di liquidazione dei beni ⁽⁴⁹⁴⁾, essendogli precluso, sia

⁽⁴⁸⁹⁾ B. WESSELS, *International Insolvency Law*, Denventer, 2006, p. 249; M. VIRGÓS e F. GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation*, cit., p. 209. Sul punto v. anche P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 171 e p. 172.

⁽⁴⁹⁰⁾ In questo senso, con specifico riferimento ai poteri del curatore v. L. DANIELE, *Il Regolamento n. 1346/2000*, cit., p. 608.

⁽⁴⁹¹⁾ Cfr. anche art. 4, par. 2, lett. c), secondo cui la legge dello Stato di apertura determina, in particolare, “i poteri, rispettivamente, del debitore e del curatore”.

⁽⁴⁹²⁾ A tal riguardo, C. FERRI, *Creditori e curatore della procedura principale*, cit., p. 711 e p. 712, ha evidenziato che l'estensione dei poteri del curatore è uno degli elementi più significativi dell'efficacia della decisione di apertura della procedura di insolvenza.

⁽⁴⁹³⁾ C. FERRI, *Creditori e curatore della procedura principale*, cit., p. 712, chiarisce che, per “misura conservativa contraria” dovrebbe essere intesa ogni misura idonea a produrre “effetti diversi da quelli che l'iniziativa del curatore vorrebbe conseguire”.

⁽⁴⁹⁴⁾ v. P. DE CESARI, *op. loc. ult. cit.*, la quale osserva che, “in questo modo, la legge dello Stato di apertura determina l'esistenza dei poteri, mentre le disposizioni dello Stato del riconoscimento determinano come tali poteri debbano essere esercitati”. Va però ricordato che, ai poteri previsti dalla *lex concursus*, si aggiungono quelli specificamente riconosciuti dal Regolamento. Il vero problema, a quanto pare, consiste piuttosto nel verificare se “il rispetto della legge dello Stato membro può portare ad escludere o ammettere l'esercizio di poteri previsti dalla legge dello Stato di apertura, ma non dell'ordinamento ove il curatore «intende agire» (art. 18 n. 3), con conseguenti sue responsabilità”: C. FERRI, *Creditori e curatore della procedura principale*, cit., p. 713. Sui poteri del curatore v. anche P. CATALLOZZI, *Il nuovo ruolo del curatore nella acquisizione dei beni*, in *Fallimento*, 2007, p. 1076, il quale precisa che “il curatore è tenuto al rispetto delle norme della *lex loci*, e, comunque, non può utilizzare mezzi coercitivi, dovendo

l'impiego di mezzi coercitivi, sia il diritto di decidere su una controversia o una lite (cfr. art. 18, par. 3).

Il curatore della procedura principale, in virtù di quanto stabilito da specifiche disposizioni del Regolamento:

b1) può trasferire i beni del debitore fuori dal territorio dello Stato membro in cui si trovano (art. 18, par. 1) ⁽⁴⁹⁵⁾;

b2) può esigere la restituzione di quanto i creditori abbiano ottenuto, dopo l'apertura della procedura, mediante l'esercizio di azioni esecutive ⁽⁴⁹⁶⁾ su beni del debitore situati sul territorio di altro Stato membro (cfr. art. 20, par. 1);

b3) può chiedere che il contenuto essenziale della decisione di apertura della procedura di insolvenza e, se del caso, la decisione che lo nomina siano rese pubbliche negli altri Stati membri secondo le modalità ivi previste (cfr. art. 21, par. 1) ⁽⁴⁹⁷⁾;

b4) può chiedere che la decisione di apertura sia annotata nei registri immobiliari, nel registro del commercio o altro pubblico registro tenuto negli altri Stati membri (cfr. art. 22, par. 1);

b5) può chiedere l'apertura di una procedura secondaria (cfr. art. 29, lett. *a*) ⁽⁴⁹⁸⁾;

b6) è tenuto, al pari dei curatori delle procedure secondarie, al rispetto del dovere di cooperazione (art. 31, par. 2) e dell'obbligo di informazione reciproca (art. 31, par. 1), con particolare riguardo alla “*situazione circa l'insinuazione e la verifica dei crediti e i provvedimenti volti a porre fine alla procedura*” ⁽⁴⁹⁹⁾;

adire, in caso di mancata cooperazione del debitore, le autorità dello Stato in cui i beni sono situati, anche perché privo di poteri decisori”.

⁽⁴⁹⁵⁾ Cfr. art. 18, par. 1, ultima parte, che fa salve le disposizioni degli artt. 5 e 7. Sul punto v. anche P. DE CESARI, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 197; nonché P. CATALLOZZI, *Il nuovo ruolo del curatore nella acquisizione dei beni*, cit., p. 1077.

⁽⁴⁹⁶⁾ A dire il vero, fatte salve le disposizioni degli artt. 5 e 7, l'art. 20, par. 1, si riferisce a “*qualsiasi mezzo*” con cui il creditore abbia ottenuto soddisfazione totale o parziale del credito.

⁽⁴⁹⁷⁾ Dallo stesso art. 21, par. 1, ultima parte, si desume però che questa norma vale anche per il curatore di una procedura locale.

⁽⁴⁹⁸⁾ Insiste su questo punto L. DANIELE, *Il Regolamento n. 1346/2000*, cit., p. 609.

⁽⁴⁹⁹⁾ Sul punto v. anche F. DE SANTIS, *La normativa comunitaria*, cit., p. 103; C. PUNZI, *op. cit.*, p. 1032; F. DIALTI, *Cooperazione tra curatori e corti in diritto internazionale fallimentare: un'analisi comparata*, in *Dir. fall.*, 2005, I, p. 1012 e p. 1013, il quale precisa che il Regolamento: *i)* non prevede le conseguenze cui i curatori vanno incontro in caso di inosservanza dell'obbligo di cooperazione; *ii)* né disciplina eventuali ipotesi di contrasto tra curatori circa aspetti della gestione della procedura.

b7) può chiedere al giudice che ha aperto la procedura secondaria di sospendere in tutto o in parte le operazioni di liquidazione (art. 33, par. 1) ⁽⁵⁰⁰⁾ e presentare proposte riguardanti la liquidazione o qualsiasi altro uso dell'attivo della procedura secondaria (art. 33, par. 3) ⁽⁵⁰¹⁾;

b8) qualora la legge applicabile alla procedura secondaria preveda la possibilità di chiudere la procedura attraverso “*un piano di risanamento, un concordato o una misura analoga*”, queste misure possono essere proposte anche – ma non esclusivamente – dal curatore della procedura principale (art. 34, par. 1) ⁽⁵⁰²⁾.

Pertanto, se è vero che l'art. 18, par. 1, indica nella *lex concursus* la fonte primaria per la individuazione e la disciplina dei poteri attribuiti al curatore della procedura principale ⁽⁵⁰³⁾, è altrettanto vero che gli ulteriori poteri che lo stesso Regolamento direttamente gli riconosce ne fanno “*un organo che certamente non ha uguali nel nostro ordinamento*” ⁽⁵⁰⁴⁾. Proprio la vasta gamma di poteri di iniziativa e di intervento riconosciuta al curatore della procedura principale, inoltre, consentendo materialmente a quest'ultimo di incidere sullo sviluppo e sull'andamento delle procedure secondarie eventualmente pendenti, dovrebbe

⁽⁵⁰⁰⁾ L'art. 33, par. 1, precisa però che il giudice della procedura secondaria, nel disporre la sospensione della liquidazione richiesta dal curatore della procedura principale (per un periodo massimo di tre mesi prorogabile o rinnovabile), può esigere da quest'ultimo l'adozione di “*misure atte a garantire gli interessi dei creditori della procedura secondaria e di taluni gruppi di creditori*” e comunque la richiesta “*può essere respinta solo per mancanza manifesta di interesse dei creditori della procedura principale*”. Sul punto v. F. DE SANTIS, *La normativa comunitaria*, cit., p. 115; nonché C. FERRI, *Creditori e curatore della procedura principale*, cit., p. 716, il quale sottolinea “*come i limiti del potere discrezionale del giudice di negare la sospensione sono ridotti in quanto la richiesta del curatore può essere respinta solo per manifesta mancanza di interesse dei creditori della procedura principale*”; MOSS, FLETCHER, ISAACS, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings*, 2 ed., Oxford, 2009, p. 116.

⁽⁵⁰¹⁾ In modo simmetrico, l'art. 31, par. 3, impone al curatore della procedura secondaria l'obbligo di “*dare in tempo utile la possibilità al curatore della procedura principale di presentare proposte riguardanti la liquidazione o qualsiasi altro uso dell'attivo della procedura secondaria*”.

⁽⁵⁰²⁾ Ad ogni modo, quand'anche l'iniziativa sia assunta da altri soggetti a tanto legittimati dalla *lex concursus*, lo stesso art. 34, par. 1, ultima parte, stabilisce che la chiusura della procedura secondaria diventa definitiva soltanto con l'assenso del curatore della procedura principale ovvero, mancando tale assenso, qualora la misura proposta non leda gli interessi finanziari dei creditori della procedura principale.

⁽⁵⁰³⁾ Nella giurisprudenza italiana v. Cass., 29 luglio 2005, n. 15946, in *Fallimento*, 2006, pp. 267 ss., con nota di M. CATALDO, secondo cui “*la capacità di agire del curatore fallimentare – anche per quanto attiene alla capacità di stare in giudizio – è regolata dalla legge che disciplina l'intero procedimento concorsuale*”.

⁽⁵⁰⁴⁾ L'espressione riportata nel testo è di C. FERRI, *Creditori e curatore della procedura principale*, cit., p. 710, il quale, a tal riguardo, aggiunge che il legislatore comunitario “*sembra piuttosto avere avuto a modello altri «amministratori dell'insolvenza» e specificamente (...) l'Insolvenzverwalter tedesco*”.

rappresentare un chiaro sintomo della subordinazione di tali procedure rispetto a quella principale aperta nello stato del *comi* ⁽⁵⁰⁵⁾, oltre che un'evidente conferma del fatto che il Regolamento si applica al singolo debitore insolvente, il cui patrimonio è destinato alla soddisfazione di tutti i creditori ⁽⁵⁰⁶⁾. Il tutto, in perfetta aderenza con quanto enunciato dal *considerando* n. 20, secondo cui va garantito “*il ruolo predominante della procedura principale*”, riconoscendo al suo curatore la possibilità di interferire sullo svolgimento delle “*procedure secondarie d’insolvenza contemporaneamente pendenti, [con] facoltà di proporre un piano di risanamento o un concordato oppure di chiedere la sospensione della liquidazione dell’attivo nelle procedure secondarie*”.

3.1. Il divieto di azioni esecutive individuali

Come si è appena detto, in ossequio al principio di universalità limitata, la decisione di apertura di una procedura principale, automaticamente riconosciuta in tutti gli Stati membri, dovrebbe produrre anche all’interno di questi ultimi gli stessi effetti previsti dalla legge dello Stato di apertura (cfr. art. 17, par. 1) ⁽⁵⁰⁷⁾; ciò fintantoché non sia aperta, in un altro Stato membro ove il debitore possiede una dipendenza, una procedura secondaria ex art. 3, par. 2 e par. 3.

Alla legge dello Stato di apertura, in particolare, è affidato il compito di determinare, oltre alle condizioni di apertura della procedura d’insolvenza, allo svolgimento e alla chiusura della stessa (cfr. art. 4, par. 2; *considerando* n. 23):

a1) gli effetti che la procedura produce sulle eventuali azioni giudiziarie individuali spettanti ai singoli creditori (cfr. art. 4, par. 2, lett. f);

a2) i beni che sono oggetto di spossessamento e la sorte dei beni acquisiti dal debitore dopo l’apertura della procedura di insolvenza (art. 4, par. 2, lett. b);

⁽⁵⁰⁵⁾ In questi termini C. SANTINI, *La quaestio jurisdictionis nel Regolamento comunitario n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza*, in *www.judicium.it*, la quale parla anche di “sbilanciamento” del regime obbligatorio di coordinamento a favore della procedura principale, “*la cui tendenziale (e seppur limitata) predominanza è rivelata dal conferimento al curatore di essa di alcuni poteri di iniziativa ed intervento*”.

⁽⁵⁰⁶⁾ M.B. DE BOER e B. WESSELS, *The Dominance of Main Insolvency Proceedings under the European Insolvency Regulation*, in *International Insolvency Law: themes and perspectives*, a cura di P.J. OMAR, Ashgate, 2008, p. 187.

⁽⁵⁰⁷⁾ Sul punto v. S. GIOVANNINI, *Apertura di una procedura*, cit., p. 78; I QUEIROLO, *Apertura di una procedura principale*, cit., p. 915.

a3) i poteri, rispettivamente, del debitore e del curatore nella gestione e liquidazione del patrimonio del debitore sottoposto alla procedura d'insolvenza (cfr. art. 4, par. 2, lett. c).

Ai principi di automatico riconoscimento, di mutua fiducia tra i giudici degli Stati membri e di estensione generalizzata degli effetti della procedura principale, ha recentemente fatto ricorso la Corte di Giustizia occupandosi della vicenda *MG Probud* ⁽⁵⁰⁸⁾. In tale occasione, i giudici di Lussemburgo hanno avuto modo di pronunciarsi proprio sul tema degli effetti che l'apertura di una procedura determina rispetto alle azioni esecutive individuali spettanti ai creditori, sostenendo che, successivamente all'apertura di una procedura principale in uno Stato membro, le autorità di un altro Stato membro – in cui non sia stata aperta alcuna procedura locale secondaria – non hanno il diritto di ordinare, sulla base della *lex fori*, provvedimenti esecutivi sui beni del debitore. L'adozione di tali provvedimenti, al contrario, potrebbe essere considerata legittima solo qualora:

b1) sia espressamente consentita dalla stessa legge concorsuale dello Stato di apertura;

b2) e siano soddisfatti gli ulteriori presupposti previsti dalla disciplina comunitaria (cfr. artt. 5 e 10).

In tal modo, la Corte di Giustizia ha valorizzato l'attitudine universalistica della procedura principale ⁽⁵⁰⁹⁾ e, con essa, il ruolo della *lex fori concursus* nella individuazione degli effetti che l'apertura di una procedura principale produce nei confronti dei singoli creditori. Ne consegue che, se la legge dello Stato di apertura (nel caso di specie si trattava della Polonia) non consente di intraprendere o proseguire azioni esecutive individuali sui beni che costituiscono la massa attiva della procedura, le autorità degli altri Stati membri (nel caso di specie si trattava della Germania) non possono, ignorando tale effetto, ordinare provvedimenti di natura esecutiva sui beni del debitore, quand'anche essi trovino collocazione fuori dei confini dello Stato di apertura della procedura principale.

⁽⁵⁰⁸⁾ Si fa riferimento alla già menzionata Corte di Giustizia CE, 21 gennaio 2010, in causa C-444/07, *MG Probud Gdynia*, in *Fallimento*, 2010, pp. 911 ss., con nota di I. QUEIROLO; in *Int'l Lis*, 2010, p. 74, con nota adesiva di S. GIOVANNINI, cui si rinvia per una dettagliata ricostruzione della vicenda e delle questioni pregiudiziali sottoposte alla Corte di Giustizia (v. in particolare p. 74 e p. 75).

⁽⁵⁰⁹⁾ Cfr. Corte di Giustizia CE, 21 gennaio 2010, in causa C-444/07, cit., punto n. 24, secondo cui “solo l'apertura di una procedura secondaria di insolvenza può limitare la portata universale della procedura principale di insolvenza”.

Ciò equivale a dire che, in mancanza di specifiche disposizioni di segno contrario ⁽⁵¹⁰⁾, e fatti salvi i motivi di rifiuto di cui agli artt. 26 e 25, par. 3, la procedura principale mostra tutta la sua attitudine a travalicare i confini nazionali, al duplice fine di coinvolgere tutti i beni del debitore e tutelarne tutti i creditori.

Non v'è dubbio allora che l'*automatic stay* imposto ai creditori dall'apertura di una procedura d'insolvenza rientri tra gli effetti della procedura principale destinati a propagarsi in tutti gli Stati dell'Unione, in virtù dell'automatico e immediato riconoscimento della decisione di apertura. Se così non fosse, peraltro, i creditori più lesti (o più forti) potrebbero ottenere, fuori dallo Stato di apertura, l'adozione di provvedimenti muniti di efficacia esecutiva su beni del debitore ivi localizzati ⁽⁵¹¹⁾. A ciò conseguirebbe, inevitabilmente, la frustrazione di una tra le principali aspirazioni delle procedure concorsuali, vale a dire quella di garantire, a beneficio dell'intero ceto creditorio, che i beni ricompresi nella massa attiva non le vengano sottratti su iniziativa di singoli creditori.

4.- Applicazione generalizzata della *lex fori concursus* e principali “eccezioni”.

Altro principio cardine, su cui si fonda il modello *universal modified* imposto dal Regolamento, è quello dell'applicazione generalizzata della *lex fori concursus*. Più in particolare, con tale espressione si intende che la regolamentazione dei presupposti e degli effetti della procedura, nonché dei rapporti che fanno capo al debitore insolvente, è interamente devoluta, di regola, alla legge fallimentare dello Stato di apertura ⁽⁵¹²⁾. Va da sé che, come già affermato in dottrina, nella

⁽⁵¹⁰⁾ V. sul punto I. QUEIROLO, *Apertura di una procedura principale*, cit., p. 916, la quale, correttamente osserva che, nel caso di specie, i giudici di Lussemburgo avevano preventivamente escluso che vi fossero i presupposti per l'applicazione degli artt. 5 e 10 del Regolamento (cfr. punto n. 42 della sentenza); di conseguenza, non si potevano giustificare per questa via, né il pignoramento dei depositi bancari del debitore, né il sequestro conservativo dei crediti da quest'ultimo vantati (entrambi i provvedimenti erano stati predisposti dalle autorità tedesche).

⁽⁵¹¹⁾ Sul punto v. I.F. FLETCHER, *Insolvency in Private International Law: National and International approaches*, 2 ed., Oxford, 2005, p. 421; M. MONTANARI, *La Cour de Cassation apre ai rimedi in personam contro l'azione esecutiva promossa dal singolo creditore concorsuale sui beni esteri del fallito*, in *Int'l Lis*, 2004, p. 79.

⁽⁵¹²⁾ Cfr. considerando n. 23. In dottrina sul punto v. V. PROTO, *Il regolamento comunitario*, cit., p. 8; C. PUNZI, *Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 1024.; R. CAPONI, *Il regolamento comunitario*, cit., c. 227; F. M. MUCCIARELLI, *Società di capitali*, cit., p. 210; M.V. BENEDETTELLI, *Sul trasferimento della sede sociale all'estero*, in *Riv. soc.*, 2010, p. 1257; B. WESSELS,

disciplina comunitaria delle insolvenze transfrontaliere, una volta radicata la competenza internazionale in capo ai giudici di un determinato Stato membro, dovrebbe trovare applicazione il diritto materiale uniforme interno in via tendenzialmente esclusiva, indipendentemente dal fatto che la fattispecie concreta presenti o meno collegamenti con altri ordinamenti giuridici ⁽⁵¹³⁾.

Il Regolamento, infatti, stabilisce per le materie in esso contemplate, regole di conflitto uniformi che sostituiscono – nel loro ambito d’applicazione – le norme nazionali di diritto internazionale privato ⁽⁵¹⁴⁾.

La regola generale sul conflitto di leggi poc’anzi richiamata è consacrata dalle disposizioni dell’art. 4. Questa norma, senza fare alcuna distinzione tra procedura principale e procedure locali ⁽⁵¹⁵⁾, prevede che “*si applica alla procedura di insolvenza e ai suoi effetti la legge dello Stato membro nel cui territorio è aperta la procedura*” (par. 1) ⁽⁵¹⁶⁾. Ciò equivale a dire, con specifico riferimento alla procedura principale, che la *lex fori* è naturalmente destinata a propagarsi oltre i confini dello Stato di apertura, assumendo il ruolo di *lex concursus* ⁽⁵¹⁷⁾ a livello

International Bankruptcy law, in www.iiiglobal.org, p. 484. In giurisprudenza v. Corte di Giustizia CE, 17 gennaio 2006, in causa C-1/04, cit., spec. punto n. 8. Più in generale, sul c.d. metodo internazionalprivatistico della “*applicazione generalizzata della lex fori*” v. per tutti PICONE, *Il metodo dell’applicazione generalizzata della lex fori*, in *La riforma italiana del diritto internazionale privato*, a cura di PICONE, Padova, 1998, pp. 371 ss.; ID., *I conflitti tra metodi diversi di coordinamento tra ordinamenti*, in *Riv. dir. internaz.*, 1999, pp. 332 ss.

⁽⁵¹³⁾ C. SENNI, *Insolvenza infracomunitaria*, cit., p. 1355; P. CATALLOZZI, *Il regolamento europeo*, cit., p. 1256, spec. nt. 3. Sul punto v. anche F. CORSINI, *Profili transnazionali*, cit., p. 181 e p. 182, il quale però ritiene preferibile non utilizzare il *jurisdictional approach* per spiegare la scelta del legislatore comunitario in tema di legge applicabile alla revocatoria fallimentare.

⁽⁵¹⁴⁾ Cfr. *considerando* n. 23. E’ stato poi osservato che, accanto alle “regole di conflitto uniformi”, devono essere segnalate anche “norme materiali uniformi”, ad esempio, in materia di diritto di insinuazione dei crediti (art. 39), di contenuto dell’insinuazione del credito (art. 41), di obblighi di informazione nei confronti dei creditori (art. 40): il rilievo è di L. FUMAGALLI, *Il Regolamento comunitario*, cit., p. 697, spec. nt. 49.

⁽⁵¹⁵⁾ Per queste procedure il principio è comunque ribadito dal successivo art. 28, a tenore del quale, “*salvo disposizioni contrarie del presente regolamento, si applica alla procedura secondaria la legge dello Stato membro nel cui territorio questa è aperta*”. Sul punto v. anche il *considerando* n. 23. In dottrina v. C. SENNI, *Insolvenza infracomunitaria*, cit., p. 1363; E.F. RICCI, *Le procedure locali*, cit., p. 902, secondo il quale “*la prima caratteristica comune delle procedure locali si riassume nell’applicazione della legge dello Stato di apertura*”, con la precisazione che si tratta, nel nostro caso, “*della legge italiana, come modificata dalle norme, che il regolamento dedica alla procedura principale*”.

⁽⁵¹⁶⁾ La regola è stata ribadita da Corte di Giustizia CE, 17 gennaio 2006, in causa C-1/04, *Susanne Staubitz Schreiber*, in *Fallimento*, 2006, pp. 907 ss., spec. punto n. 8. Evidenzia la particolare importanza dell’art. 4 del Regolamento: B. WESSELS, *International Insolvency Law*, The Netherlands, Deventer, 2006, p. 353.

⁽⁵¹⁷⁾ L. FUMAGALLI, *Il regolamento comunitario*, cit., p. 697.

europeo e determinando, di tal guisa, gli effetti della procedura anche negli altri Stati dell'Unione cui si applica il Regolamento (⁵¹⁸).

Alla legge dello Stato di apertura il *considerando* n. 23 affida, in particolare, il compito di individuare gli effetti della procedura, siano essi procedurali o sostanziali, nei confronti di tutti i soggetti e di tutti i rapporti giuridici interessati (cfr. *considerando* n. 23). Lo stesso art. 4 contiene poi un'elencazione dal carattere meramente esemplificativo delle materie esplicitamente disciplinate dalla *lex fori concursus* (cfr. par. 2) (⁵¹⁹). In tale elenco rientrano, tra l'altro: *a1*) l'individuazione dei soggetti che, per la loro qualità, possono essere assoggettati ad una procedura di insolvenza (c.d. *insolvency capacity*); *a2*) i beni che sono oggetto di spossessamento e la sorte dei beni acquisiti dal debitore dopo l'apertura della procedura; *a3*) i poteri, rispettivamente, del debitore e del curatore; *a4*) gli effetti della procedura aperta sui contratti in corso di cui il debitore è parte; *a5*) gli effetti della procedura sulle azioni giudiziarie individuali; *a6*) le disposizioni relative all'insinuazione, alla verifica e all'ammissione dei crediti (⁵²⁰); *a7*) le disposizioni relative alla ripartizione del ricavato della liquidazione dei beni, il grado dei crediti (⁵²¹); *a8*) il grado di coinvolgimento dei creditori nella gestione della procedura.

(⁵¹⁸) In questo senso: C. PUNZI, *Le procedure di insolvenza*, cit., p. 1024, il quale descrive il fenomeno come espressione del principio di universalità; nonché G.M. BUTA, *Gruppi di società e insolvenza transfrontaliera*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2010, II, p. 208; F. MACRÌ, *Trasferimento del centro degli interessi principali e competenza giurisdizionale nel Regolamento (CE) 1346/2000*, in *Fallimento*, 2006, p. 913.

(⁵¹⁹) Sul punto v. S.M. CARBONE, *Il regolamento*, cit., p. 109; M. SANDULLI, *La crisi dell'impresa*, cit., p. 251; B. WESSELS, *International Bankruptcy Law*, cit., p. 484; S. DI AMATO, *Le procedure di insolvenza*, cit., p. 698 e 699. Nel senso che "la lista degli aspetti regolati dalla *lex concursus* non è chiusa" v. anche P. DE CESARI, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 205; nonché M. VIRGÓS e F. GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation*, cit., p. 74.

(⁵²⁰) Secondo M. VIRGÓS e F. GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation*, cit., p. 78, bisogna distinguere: *i*) il problema della "*recognition*" dei crediti, da risolvere in base alle leggi di conflitto del foro, con la precisazione che si tratta di "*non-insolvency matter*"; *ii*) il problema della "*admission and treatment*", con la precisazione che, in questo caso, si tratta di "*insolvency matter*", da risolvere in base alle regole poste dalla *lex fori concursus*.

(⁵²¹) M. VIRGÓS e F. GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation*, cit., p. 79: "*the ranking of a claim in the insolvency proceedings is determined by the law of the State of opening, irrespective of the law governing the claim itself. The lex fori concursus determines whether or not a claim enjoys any priority or privilege*"; la situazione che si crea quando "*the law governing the ranking of claims and the law governing the claim are different*" viene descritta dagli Autori come "*Problems of substitution*"; in questo caso è necessario verificare "*if the kind of right created under foreign law is 'equivalent' to the kind of right upon which the lex concursus confers a special status in insolvency*". Sul punto v. anche D. GALLETI, *L'insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 566, il quale parla di "*riclassificazione*" dei diritti di preferenza.

Alla regola della *lex fori* fanno tuttavia eccezione alcuni rapporti, indicati nei *considerando* dal 25 al 29 e specificamente regolamentati negli articoli dal 5 al 15 (⁵²²). In tal modo, il legislatore europeo, preso atto delle differenze esistenti nelle normative dei singoli Stati, ha parzialmente compresso l'applicazione generalizzata della *lex fori* (⁵²³) mediante la previsione di norme speciali, specificamente dedicate ad alcuni importanti rapporti che fanno capo al debitore insolvente, con l'intento di tutelare le legittime aspettative e la certezza delle transazioni negli Stati membri diversi rispetto a quello di apertura. In questi casi, per l'individuazione della legge applicabile, sono stati individuati criteri di collegamento diversi da quello del luogo di apertura della procedura (⁵²⁴).

In determinate circostanze, dunque, il Regolamento sottrae alcuni diritti su beni situati in Stati membri diversi da quello di apertura, ovvero alcuni rapporti, all'applicazione della *lex fori concursus*, per rimettere ad una legge sostanziale diversa la disciplina degli effetti che su di essi produce l'apertura di una procedura d'insolvenza (⁵²⁵). Ciò avviene, tra l'altro, in relazione ai diritti reali dei terzi (⁵²⁶), alla compensazione (⁵²⁷), ai contratti di lavoro (⁵²⁸), ai diritti soggetti a iscrizione in pubblici registri (⁵²⁹), agli atti pregiudizievoli per i creditori (⁵³⁰), agli effetti

(⁵²²) Sul punto v. C. PUNZI, *Il regolamento*, cit., p. 1013 e p. 1024, ove tali regole vengono ricondotte al principio di territorialità; nonché L. FUMAGALLI, *Atti pregiudizievoli tra sostanza e processo: quale legge regolatrice per la revocatoria fallimentare*, in *Int'l Lis*, 2007, pp. 69 ss., il quale afferma che il Regolamento pone “una serie di regole specifiche volte ad introdurre svariati limiti alla “presa” della *lex fori concursus*, per tenere conto dell’interferenza che con essa possano avere le leggi regolatrici di rapporti interessati dalla procedura di insolvenza e sulla base delle quali essi si sono svolti”; M. VIRGÓS e F. GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation*, cit., pp. 70 ss.

(⁵²³) Cfr. *considerando* n. 24, secondo cui “a tutela delle aspettative legittime e della certezza delle transazioni negli Stati membri diversi da quello in cui la procedura è stata aperta, si dovrebbe prevedere una serie di deroghe alla regola generale”. Sul punto v. B. WESSELS, *International Bankruptcy Law*, cit., p. 485.

(⁵²⁴) Così S. DI AMATO, *Le procedure di insolvenza*, cit., p. 699.

(⁵²⁵) Così L. FUMAGALLI, *Il regolamento comunitario*, cit., p. 698.

(⁵²⁶) Cfr. art. 5, par. 1, secondo cui “l’apertura della procedura di insolvenza non pregiudica il diritto reale del creditore o del terzo sui beni materiali o immateriali, mobili o immobili (...) che al momento dell’apertura della procedura si trovano nel territorio di un altro Stato membro”. Sul punto v. *infra*, nel testo.

(⁵²⁷) Cfr. art. 6, a tenore del quale l’apertura della procedura di insolvenza non pregiudica il diritto del creditore di invocare la compensazione del proprio credito con il credito del debitore, quando la compensazione è consentita dalla legge applicabile al credito del debitore insolvente. Cfr. anche *considerando* n. 26.

(⁵²⁸) Cfr. art. 10: “Gli effetti della procedura di insolvenza sul contratto e sul rapporto di lavoro sono disciplinati esclusivamente dalla legge dello Stato membro applicabile al contratto di lavoro”.

(⁵²⁹) Cfr. art. 11 Regolamento.

della procedura di insolvenza sui procedimenti pendenti ⁽⁵³¹⁾. A tal riguardo, la dottrina ha però precisato che il richiamo alla legge straniera, cui è rimessa la disciplina sostanziale del rapporto, opera solo in via di eccezione rispetto alla generale applicazione della legge del processo portata dal Regolamento. Pertanto, tale meccanismo regola la dialettica tra legge del processo fallimentare (*lex fori concursus*) e legge sostanziale (*lex causae*), introducendo un equilibrio tra l'applicazione dell'una o dell'altra ⁽⁵³²⁾.

Con specifico riferimento ai diritti reali, il *considerando* n. 25 afferma che la deroga alla regola generale della *lex fori concursus* dipende dal fatto che essi “hanno grande rilevanza per la concessione dei crediti”. E’ per questo motivo che la disciplina inerente alla costituzione, alla validità e alla portata di tali diritti: b1) in primo luogo, dovrebbe essere affidata alla legge dello Stato in cui si trovano i beni che ne sono oggetto; b2) in secondo luogo, non dovrebbe essere incisa dall’eventuale apertura di una procedura di insolvenza ⁽⁵³³⁾. Conseguentemente, “il titolare del diritto reale dovrebbe poter continuare a far valere il diritto di separare la garanzia dalla massa”; più in particolare, se “i beni sono soggetti a diritti reali a norma della *lex situs* di uno Stato membro mentre la procedura principale si svolge in un altro Stato membro, il curatore della procedura principale dovrebbe poter chiedere l’apertura di una procedura secondaria nella giurisdizione in cui sorgono i diritti reali purché il debitore possieda una dipendenza in tale Stato. Se non viene aperta una procedura secondaria, il residuo del ricavato della vendita del patrimonio coperto da diritti reali va ceduto al curatore della procedura principale”.

Dalla lettura del *considerando* emerge chiaramente il ruolo chiave che, nel modello *universal modified* europeo, anche sotto questo punto di vista, è riservato alle procedure locali secondarie: queste ultime, infatti, dovrebbero in questo caso fungere da filtro tra l’attitudine universalistica della procedura principale e la disciplina di determinati diritti di schietta matrice territorialistica.

⁽⁵³⁰⁾ Sul punto v. *infra*, nel testo.

⁽⁵³¹⁾ Cfr. art. 15 Regolamento. In questo, caso, il Regolamento consente l’applicazione di una diversa legge processuale: “Gli effetti della procedura di insolvenza su un procedimento pendente relativo a un bene o a un diritto del quale il debitore è sprossessato sono disciplinati esclusivamente dalla legge dello Stato membro nel quale il procedimento è pendente”.

⁽⁵³²⁾ L’osservazione è di L. FUMAGALLI, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁵³³⁾ Sul punto v. S.M. CARBONE, *Il Regolamento (CE)*, cit., p. 110, spec. nt. 30.

Dando attuazione al predetto *considerando* n. 25, l'art. 5 dispone, a sua volta, che l'apertura di una procedura di insolvenza non pregiudica i diritti reali dei creditori o dei terzi sui beni di proprietà del debitore che, al momento dell'apertura della procedura, si trovino nel territorio di un altro Stato membro (cfr. par. 1) ⁽⁵³⁴⁾. Tale regola si applica ai soli diritti acquisiti prima dell'apertura, mentre per quelli sorti successivamente dovrebbe trovare inevitabilmente applicazione la *lex concursus*.

Per comprendere il senso dell'art. 5, par. 1, è opportuno ricordare ancora una volta che la procedura principale ha portata tendenzialmente universale, tale da estenderne gli effetti a tutti i beni del debitore, ovunque essi siano allocati. Peraltro, alla *lex concursus* è attribuito in via teorica il compito di: *c1)* stabilire quali sono i beni che rientrano nella massa e quali, al contrario, ne rimangono esclusi; *c2)* valutare la sorte dei diritti (di garanzia) spettanti a terzi e gravanti sui beni del debitore insolvente. Cionondimeno, il Regolamento impone il rispetto dei diritti reali dei terzi sui beni che siano situati in uno Stato membro diverso da quello di apertura. Tali diritti, in particolare, saranno regolati dalla legge del luogo in cui si trovano i beni sui quali insistono, e non saranno pregiudicati dall'apertura di una procedura principale in uno Stato diverso ⁽⁵³⁵⁾. Sicché, quand'anche la *lex concursus* stabilisca che tutti i beni del debitore fanno parte della massa, il titolare del diritto reale dovrebbe mantenere intatti tutti i suoi diritti sui beni in questione, potendo, in altri termini, soddisfarsi direttamente sugli stessi senza subire gli effetti della procedura di insolvenza ⁽⁵³⁶⁾. In questo contesto, l'importanza della procedura secondaria si coglie osservando che essa rappresenta il solo strumento a

⁽⁵³⁴⁾ Ai sensi dell'art. 5, par. 2, i diritti di cui al par. 1 sono i seguenti: *i)* il diritto di liquidare o di far liquidare il bene e di essere soddisfatto sul ricavato o sui frutti del bene stesso, in particolare in virtù di un pegno o di un'ipoteca; *ii)* il diritto esclusivo di recuperare il credito, in particolare in seguito alla costituzione di un pegno o alla cessione di tale credito a titolo di garanzia; *iii)* il diritto di esigere il bene e chiederne la restituzione al debitore o a chiunque lo detenga e/o lo abbia in godimento contro la volontà dell'avente diritto; *iv)* il diritto reale di acquistare i frutti di un bene. Evidenzia il carattere non esaustivo dell'elencazione: L. FUMAGALLI, *Il regolamento comunitario*, cit., p. 700, nt. 60. Nel senso che, in questo caso, "*la salvezza dei diritti reali dei terzi discende direttamente dalla norma regolamentare, senza dipendere dalla legge dello Stato in cui il bene è situato*" v. F. CORSINI, *Profili transnazionali*, cit., p. 185.

⁽⁵³⁵⁾ Secondo P. DE CESARI, *Diritto internazionale privato*, cit., p. 205, la particolare tutela prevista per i diritti reali sarebbe dettata direttamente dal Regolamento, piuttosto che devoluta alla *lex rei sitae*. *Contra*, nel senso che la *lex concursus* viene derogata a favore della *lex rei sitae* per i diritti reali del creditore o del terzo sui beni che si trovano nel territorio di altro Stato membro, nonché per una serie di rapporti elencati negli artt. da 6 a 15 del Regolamento, v. C. PUNZI, *Le procedure*, cit., p. 1030.

⁽⁵³⁶⁾ Il significato dell'art. 5, par. 1, è stato così lucidamente esposto da L. FUMAGALLI, *Il regolamento comunitario*, cit., p. 701.

disposizione del curatore della procedura principale per ricondurre tali beni alla massa: a tal fine, il curatore dovrà però inoltrare una specifica domanda di apertura (*ex art. 29*) nello Stato in cui sono collocati i beni gravati da diritti reali di terzi, dimostrando altresì che ivi ricorrono i presupposti richiesti dal Regolamento e dalla legge nazionale ⁽⁵³⁷⁾.

Peculiare, infine, è anche la disciplina prevista in tema di atti pregiudizievoli per i creditori, compiuti dal debitore prima dell'apertura della procedura di insolvenza ⁽⁵³⁸⁾. A tal riguardo, occorre ricordare ancora una volta che, ai sensi dell'art. 4, par. 2, lett. *m*), la legge dello Stato di apertura della procedura determina, in linea di principio, anche le regole relative alla nullità, all'annullamento e all'inopponibilità degli atti pregiudizievoli per la massa dei creditori ⁽⁵³⁹⁾. Malgrado la mancanza di un esplicito riferimento in tal senso ⁽⁵⁴⁰⁾, peraltro, è opinione comune che la norma si applichi anche all'azione revocatoria fallimentare ⁽⁵⁴¹⁾.

Alla *lex fori concursus* è in tal modo rimessa, di regola, la definizione delle condizioni (oggettive, soggettive e temporali) di revocabilità degli atti pregiudizievoli, la distribuzione dell'onere probatorio tra le controparti, la individuazione degli effetti prodotti dalla sentenza che eventualmente accolta la

⁽⁵³⁷⁾ In questo senso v. S.M. CARBONE, *Il Regolamento (CE)*, cit., p. 110.

⁽⁵³⁸⁾ Nel senso che l'art. 4, par. 2, lett. *m*), si riferisce ai soli atti pregiudizievoli compiuti prima della dichiarazione di fallimento v. F. CORSINI, *Profili transnazionali*, cit., p. 194; nonché M. VIRGÓS e F. GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation*, cit., p. 136. Di conseguenza, gli atti pregiudizievoli posti in essere dopo l'apertura della procedura dovrebbero restare soggetti alla *lex concursus*, in virtù del richiamo generale operato dall'art. 4, par. 1.

⁽⁵³⁹⁾ F. CORSINI, *Profili transnazionali*, cit., p. 182, evidenzia che, in questo caso, la *ratio* sottesa all'applicabilità della *lex concursus* dovrebbe essere individuata nella necessità di garantire un uguale trattamento a tutti coloro che hanno intrattenuto rapporti con il debitore fallito.

⁽⁵⁴⁰⁾ L'unico esplicito riferimento alla revocatoria fallimentare è contenuto nell'art. 18, par. 2, che però non ha nulla a che fare con l'individuazione della legge applicabile, prevedendo la legittimazione del curatore della procedura secondaria all'esercizio dell'azione revocatoria che sia nell'interesse dei creditori.

⁽⁵⁴¹⁾ In questo senso v. P. CATALLOZZI, *Giurisdizione e legge applicabile nelle revocatorie fallimentari transnazionali*, in *Fallimento*, 2007, p. 638, il quale, peraltro, evidenzia la riferibilità dell'art. 25, par. 1, alla revocatoria fallimentare; M. FABIANI, *La comunitarizzazione della revocatoria transnazionale come tentativo di abbandono di criteri di collegamento fondati sull'approccio dogmatico*, in *Fallimento*, 2004, p. 380. Sul punto v. anche V. PROTO, *Gli atti pregiudizievoli nelle procedure di insolvenza transnazionale: giurisdizione e legge applicabile*, in *Fallimento*, 2009, p. 479; F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali*, cit., p. 227.

domanda proposta dal curatore della procedura, nonché delle specifiche esenzioni dalla revocatoria e del rilievo ascrivito alla buona fede dei contraenti (⁵⁴²).

Pertanto, in base alla regola generale fissata dall'art. 4 del Regolamento, anche l'azione revocatoria fallimentare, nei suoi aspetti sia sostanziali che processuali, dovrebbe essere disciplinata dalla legge dello Stato di apertura, a prescindere, secondo quanto sostenuto dalla dottrina maggioritaria, dal domicilio del convenuto (⁵⁴³).

Cionondimeno, la stessa disciplina europea delle insolvenze transfrontaliere contempla una deroga espressa alla regola generale poc'anzi esposta. L'art. 13 (⁵⁴⁴), infatti, stabilisce che il principio posto all'art. 4, par. 2, lett. m), secondo il quale la *lex concursus* determina la nullità, l'annullamento o l'inopponibilità (⁵⁴⁵) degli atti pregiudizievoli per la massa dei creditori, non trova applicazione allorché chi abbia beneficiato di tali atti riesca a provare:

d1) che essi sono soggetti alla legge di uno Stato membro diverso da quello di apertura;

d2) e che tale legge non consente, nella fattispecie, di impugnare l'atto con alcun mezzo (⁵⁴⁶).

In altre parole, benché la disciplina dell'inefficacia degli atti pregiudizievoli sia da considerare essenziale per il raggiungimento degli scopi della procedura di

(⁵⁴²) Sul punto v. G. MONTELLA, *Il regolamento CE n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza e la legge applicabile alla revocatoria fallimentare*, in *Foro it.*, 2007, I, c. 2819: "con il regolamento, la revocatoria fallimentare è retta, anche nei suoi aspetti sostanziali, sempre dalla *lex concursus*"; F. CORSINI, *Profili transnazionali*, cit., p. 183.

(⁵⁴³) In questo senso v.: F. CORSINI, *Profili transnazionali*, cit., p. 177, il quale afferma che "il solo elemento da considerare per determinare l'applicabilità del regolamento (...) è infatti rappresentato dall'apertura della procedura di insolvenza all'interno dell'Unione europea nei confronti di un soggetto ivi avente il centro degli interessi principali"; G. MONTELLA, *Il regolamento CE n. 1346/2000*, cit., c. 2816 e c. 2817; L. FUMAGALLI, *Atti pregiudizievoli tra sostanza e processo*, cit., spec. nt. 11. In senso contrario si era espressa Cass., Sez. Un., 7 febbraio 2007, n. 2692, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1815; in *Fallimento*, 2007, pp. 629. Sul punto v. anche V. PROTO, *op. loc. ult. cit.*

(⁵⁴⁴) F. CORSINI, *Profili transnazionali*, cit., p. 185, evidenzia che l'art. 13 si differenzia sia dalle norme che pongono criteri di collegamento, sia dalle disposizioni di legge uniforme.

(⁵⁴⁵) Sulla compatibilità del concetto di inopponibilità del Regolamento con quello di inefficacia del nostro sistema revocatorio v. M. FABIANI, *La revocatoria fallimentare fra *lex concursus* e *lex contractus* nel Reg. CE 1346/2000*, in *Corriere Giuridico*, 2007, p.1320. Sul significato da attribuire all'art. 4, par. 2, lett. m), v. F. CORSINI, *Profili transnazionali*, cit., p. 192.

(⁵⁴⁶) Cfr. considerando n. 24, secondo cui, "a tutela delle aspettative legittime e della certezza delle transazioni negli Stati membri diversi da quello in cui la procedura è stata aperta, si dovrebbe prevedere una serie di deroghe alla regola generale" della *lex fori concursus*.

insolvenza ⁽⁵⁴⁷⁾, la *lex contractus* prevale sulla *lex fori concursus* ogni volta che il convenuto in revocatoria riesca a dimostrare, non solo che l'atto pregiudizievole è soggetto alla legge di uno Stato membro diverso da quello di apertura, ma anche che tale legge non consente in concreto la declaratoria di inefficacia quell'atto ⁽⁵⁴⁸⁾. Questo non dovrebbe significare che la revocatoria – e, più in generale, l'azione di annullamento, di nullità o di inefficacia derivante dalla procedura – sia retta dalla *lex contractus* piuttosto che dalla *lex fori concursus*, ma solo che l'atto impugnato non può essere dichiarato inefficace (o annullato), qualora il convenuto riesca a fornire la prova richiesta dall'art. 13 ⁽⁵⁴⁹⁾.

La compressione della *lex fori concursus* da parte della *lex contractus* ⁽⁵⁵⁰⁾, peraltro, dovrebbe operare, non solo per la procedura principale, ma anche nella diversa ipotesi di esercizio dell'azione revocatoria fallimentare nell'ambito di una procedura locale ⁽⁵⁵¹⁾. Va detto, infatti, con specifico riferimento al fallimento “principale” dichiarato in Italia, che il curatore è di regola legittimato a promuovere davanti al tribunale italiano l'azione revocatoria nei confronti dello

⁽⁵⁴⁷⁾ A tal riguardo v. Cass., Sez. Un., 7 febbraio 2007, n. 2692, cit., secondo cui l'azione revocatoria fallimentare “è essenzialmente destinata a svolgere una funzione servente nella procedura esecutiva concorsuale, donde la imprescindibile necessità di applicare ad essa la medesima legge in base alla quale la procedura concorsuale si svolge, giacché si rischierebbe altrimenti di determinare disparità di trattamento tra creditori diversi”. Sulla legge applicabile alla revocatoria fallimentare v. in giurisprudenza: Cass., 4 agosto 2006, n. 17706, in *Fallimento*, 2007, pp. 632 ss., con nota di P. CATALLOZZI; in dottrina, prima dell'entrata in vigore del Regolamento, nel senso che la revocatoria fallimentare dovesse essere assoggettata alla *lex concursus*, v. L. DANIELE, *Il fallimento nel diritto internazionale privato e processuale*, Padova, 1987, p. 102; nonché G.U. TEDESCHI, *Disposizioni generali. Della dichiarazione di fallimento*, in *Commentario della legge fallimentare*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna-Roma, 1974, p. 285. Sul tema v. anche G. CAMPEIS e A. DE PAULI, *La revocatoria fallimentare e lo straniero: giurisdizione e diritto applicabile*, in *Fallimento*, 1990, pp. 673 ss. Con specifico riferimento alla disciplina delle insolvenze transfrontaliere nel settore bancario v. D. GALLETTI, *L'insolvenza transfrontaliera*, cit., pp. 569 ss.

⁽⁵⁴⁸⁾ In questo senso v. S. DI AMATO, *Le procedure di insolvenza*, cit., p. 699; M. SANDULLI, *op. loc. ult. cit.* Sul punto v. anche F. CORSINI, *Profili transnazionali*, cit., p. 166, il quale evidenzia che “il convenuto si trova in una posizione di notevole vantaggio, essendogli in pratica rimessa la scelta se «accontentarsi» dell'applicazione della *lex concursus* (...) ovvero domandare l'utilizzo della *lex contractus*”; V. PROTO, *Gli atti pregiudizievoli nelle procedure di insolvenza transnazionali*, cit., p. 479, spec. nt. 16, il quale sottolinea la differenza tra l'art. 13 del Regolamento, che impone un onere probatorio a carico del convenuto, e l'art. 14 d.i.p., in base alla quale l'accertamento della legge straniera dovrebbe essere compiuto di ufficio dal giudice; P. CATALLOZZI, *Giurisdizione e legge applicabile*, cit., p. 641, il quale precisa che gli atti pregiudizievoli potranno essere resi inopponibili alla massa “solo qualora ciò sia (...) «permesso» da disposizioni della *lex contractus*, con l'unico temperamento rappresentato dall'onere probatorio posto a carico del(l'altro) contraente”.

⁽⁵⁴⁹⁾ Così F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali*, cit., p. 227, spec. nt. 82.

⁽⁵⁵⁰⁾ Nel senso che si tratta di una deroga alla “dominant force” della *lex concursus* v. I.F. FLETCHER, *The law of insolvency*, 3rd ed., London, 2002, p. 844.

⁽⁵⁵¹⁾ F. CORSINI, *Profili transnazionali*, cit., p. 186.

straniero, quand'anche l'atto che si pretende inefficace abbia avuto ad oggetto beni collocati all'estero ed indipendentemente dal rango principale o secondario della procedura. Tuttavia, nel caso in cui al fallimento "principale" sopraggiunga, in un secondo momento, l'apertura di una procedura secondaria, solo al curatore di quest'ultima spetterà l'esercizio dell'azione revocatoria di atti pregiudizievoli, inerenti a rapporti giuridici o diritti su beni collocati nel territorio in cui si trova la dipendenza ⁽⁵⁵²⁾.

A ben guardare, non sembrerebbe corretto sostenere che l'art. 13 contempli un vero e proprio cumulo di criteri di collegamento ⁽⁵⁵³⁾. E' sul terzo convenuto in revocatoria, in effetti, che incombe l'onere di eccepire ⁽⁵⁵⁴⁾ e di provare, ammesso che ne abbia interesse, sia la sussistenza di un collegamento idoneo a rendere applicabile, secondo le norme di conflitto del giudice adito ⁽⁵⁵⁵⁾, la legge di uno Stato membro differente da quello di apertura, sia il contenuto di tale legge.

E' ben possibile, tuttavia, che il convenuto stesso scelga consapevolmente di non avvalersi di tale eccezione perché, ad esempio, ritiene più vantaggioso il ricorso alla *lex concursus*. Soprattutto laddove quest'ultima contempli una maggiore varietà di fattispecie esenti dall'azione revocatoria. In una situazione di questo tipo, così come in caso di mancato accoglimento dell'eccezione, non è revocabile in dubbio che l'unica legge applicabile rimanga quella dello Stato di apertura della procedura di insolvenza, nel senso che essa non subisce limitazioni applicative ad opera della *lex contractus*.

⁽⁵⁵²⁾ E. CONSALVI, *Brevi considerazioni in materia di giurisdizione e legge applicabile alla revocatoria fallimentare intracomunitaria*, in www.judicium.it. Sul punto v. anche M. FABIANI, *La comunitarizzazione della revocatoria transnazionale*, cit., p. 380, il quale si occupa anche della eventuale litispendenza, derivante dalla sovrapposizione di più azioni revocatorie condotte, per il medesimo atto e nei confronti del medesimo debitore, sia dal curatore della procedura principale che da quello della procedura secondaria.

⁽⁵⁵³⁾ In questo senso si sono già espressi: P. CATALLOZZI, *op. loc. ult. cit.*; nonché L. DANIELE, *Legge applicabile e diritto uniforme nel regolamento comunitario relativo alle procedure d'insolvenza*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, pp. 40 ss.

⁽⁵⁵⁴⁾ M. FABIANI, *La comunitarizzazione della revocatoria transnazionale*, cit., p. 381, dopo aver qualificato l'art. 13 come "*disposizione additiva dell'art. 67, terzo comma*" l. fall., evidenzia che tale esenzione dalla revocatoria "*non opera di diritto (...) ma solo su sollecitazione della parte interessata, talché lo strumento difensivo va qualificato come eccezione in senso stretto ai fini dell'ordinamento processuale interno*". Sul punto v. anche M. FARINA, *La vis attrattiva concursus nel Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Fallimento*, 2009, p. 672.

⁽⁵⁵⁵⁾ M. FARINA, *op. loc. ult. cit.*, il quale evidenzia che nel contesto intracomunitario esiste, tanto per le obbligazioni contrattuali (Regolamento CE n. 593/2008 c.d. "*Roma I*") quanto per quelle extracontrattuali (Regolamento CE n. 864/2007 c.d. "*Roma II*"), una normativa di conflitto uniforme destinata ad essere applicata dai giudici di tutti gli Stati membri.

Ad ogni modo, una volta eccepita l'applicabilità di una differente *lex contractus*, la possibilità di impugnazione dell'atto pregiudizievole dovrebbe essere esclusa allorché il convenuto riesca a dimostrare che, nel caso concreto (⁵⁵⁶), prendendo in considerazione tutte le circostanze ad esso relative, nessun "mezzo", definito dal diritto fallimentare o dal diritto comune della legge designata, è esperibile nei suoi confronti (⁵⁵⁷).

(⁵⁵⁶) Insiste su questo punto E. CONSALVI, *Brevi considerazioni*, cit.

(⁵⁵⁷) Nel senso che la preclusione all'impugnazione "può essere sia di diritto fallimentare, sia di diritto societario" v. F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali*, cit., p. 227, spec. nt. 82. Per una dettagliata analisi della disposizione è d'obbligo il rinvio a M. FABIANI, *La revocatoria fallimentare fra lex concursus e lex contractus*, cit., p.1321, il quale, sottolinea che, tra i problemi che questa disposizione pone, si possono segnalare: *i)* il rapporto fra i due criteri di collegamento (artt. 4 e 13); *ii)* la prova di una *lex contractus* diversa; *iii)* il significato dell'espressione "alcun mezzo" e la prova della non impugnabilità; *iv)* l'estensione del termine "atto".

CAPITOLO III

CENTRO DEGLI INTERESSI PRINCIPALI DEL DEBITORE NELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA ED EUROPEA

SOMMARIO: 1.- Il centro degli interessi principali nella giurisprudenza anteriore alla pronuncia *Eurofood*: le origini e gli effetti dell'approccio sostanzialista. 2.- Il caso *Eurofood* al vaglio della Corte di Giustizia: il centro degli interessi principali del debitore nel caso di società eterodiretta. 3.- La giurisprudenza successiva alla pronuncia *Eurofood*. 3.1.- Il caso *Ittierre* e non solo, ovvero: la persistente diversità di approcci alla individuazione del *comi*. 3.2.- Le questioni irrisolte dalla pronuncia *Eurofood*. 4.- Il momento rilevante ai fini della determinazione della *international jurisdiction*. 5.- Il trasferimento del centro degli interessi principali del debitore: presunzione di coincidenza con la sede legale statutaria e riparto dell'onere della prova.

1.- Il centro degli interessi principali nella giurisprudenza anteriore alla pronuncia *Eurofood*: le origini e gli effetti dell'approccio sostanzialista.

Il Regolamento ha inteso affidare, dunque, la distribuzione della *international jurisdiction* in tema di insolvenze transfrontaliere a criteri uniformi ed autonomi ⁽⁵⁵⁸⁾ rispetto a quelli previsti dalle leggi interne dei singoli Stati dell'Unione, dai quali, salvo alcune specifiche eccezioni, dipende indirettamente anche

⁽⁵⁵⁸⁾) Sul punto v. anche I. QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 171 e p. 172, la quale, a tal riguardo, chiarisce che la nozione di centro degli interessi principali del debitore “*assume un significato autonomo, ricavabile dal contesto della disciplina comunitaria in cui è inserita*”

l'individuazione della legge applicabile alle *insolvency proceedings* che ricadono nel suo ambito di applicazione.

Il Regolamento, tuttavia, non ha definito in modo chiaro il *comi* e non contiene disposizioni esplicitamente dedicate alle insolvenze di gruppo ⁽⁵⁵⁹⁾, sebbene l'attività d'impresa a vocazione e dimensione transfrontaliera, nella stragrande maggioranza dei casi, assunta oggi la forma organizzativa del gruppo di società ⁽⁵⁶⁰⁾, tanto avvinghiate sotto il profilo economico e direzionale, quanto separate sotto quello giuridico e, come tali, potenzialmente sottoposte all'applicazione di diverse leggi nazionali, sia societarie che fallimentari ⁽⁵⁶¹⁾. In tal modo, ben conscio, per un verso, delle reali modalità attraverso cui si esplica l'attività d'impresa sul piano internazionale ⁽⁵⁶²⁾, nonché, per l'altro, della stringente necessità di non posticipare oltremodo il proprio intervento nel campo delle insolvenze transfrontaliere, il legislatore europeo ha scelto ⁽⁵⁶³⁾ di predisporre un

⁽⁵⁵⁹⁾ Cfr. *Report Virgós-Schmit*, par. 76; v. anche P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 102; K. PANNEN, *op. cit.*, p. 103; B. WESSELS, *The place*, cit., p. 186. A dire il vero, la mancanza di una disciplina esplicitamente dedicata alle insolvenze di gruppo contraddistingue anche la legge fallimentare italiana; specifiche previsioni si trovano solo nelle leggi speciali dedicate all'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza, nonché in leggi settoriali specificamente dedicate ad alcuni tipi di imprese: sul punto v. A. DI MAJO, *I gruppi di imprese nel fallimento*, in *Trattato delle procedure concorsuali. La dichiarazione di fallimento*, diretto da L. GHIA, C. PICCININNI e F. SEVERINI, vol. I, 2010, pp. 289 ss. In giurisprudenza v. la recente Cass., 21 aprile 2011, n. 9260, in *Fallimento*, 2011, pp. 1163 ss., con nota di L. SALVATO, *Accertamento dell'insolvenza di società di capitali facente parte di un "gruppo"*, secondo cui l'accertamento dello stato d'insolvenza di una s.r.l. "inserita in un gruppo, e cioè in una pluralità di società collegate ovvero controllate da un'unica società holding, deve essere operato avendo riguardo esclusivamente alla situazione economica della società medesima, poiché, anche dopo la riforma della disciplina delle società di capitali e della legge fallimentare, ciascuna delle società facenti parte di uno stesso gruppo conserva la propria personalità giuridica e risponde soltanto dei propri debiti, potendo tale collegamento o controllo assumere rilievo qualora abbia dato luogo a concrete iniziative di sostegno, effettivamente idonee a consentire il risanamento della società".

⁽⁵⁶⁰⁾ U. TOMBARI, *Diritto dei gruppi*, Milano, 2010, p. 1: «Il gruppo rappresenta la "forma di organizzazione" più evoluta dell'impresa medio-grande (nazionale e multinazionale)».

⁽⁵⁶¹⁾ A. MAZZONI, *Osservazioni*, cit., p. 2, afferma che: i) "L'impresa multinazionale o transnazionale è oggi solitamente una realtà di gruppo"; ii) "L'antinomia unità economica-pluralismo giuridico è notoriamente un tratto qualificante di tutti i gruppi"; iii) "(...) il pluralismo giuridico del gruppo transnazionale (...) è, piuttosto, un pluralismo multiordinamentale". Del "binomio unicità economica-pluralità di soggetti giuridici" parla anche A. DI MAJO, *I gruppi*, cit., p. 292. Sulle caratteristiche del "gruppo transnazionale" è d'obbligo il rinvio a F. GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, in *Commentario del codice civile Scialoja-Branca*, a cura di F. GALGANO, (artt. 2497-2497-septies), Bologna-Roma, 2005, pp. 13 ss.

⁽⁵⁶²⁾ Cfr. *Report Virgós-Schmit*, par. 76.

⁽⁵⁶³⁾ G. MINUTOLI, *Insolvenza transnazionale nei gruppi di imprese: il punto in dottrina e in giurisprudenza*, in *Giur. merito*, 2010, p. 1573, osserva che il Regolamento "si limita consapevolmente ad una visione atomistica del collegamento di gruppo"; nello stesso senso già M. FABIANI, *Dai pomodori ai latticini*, cit., c. 1575. Concordano sul punto anche Autori che hanno espresso giudizi completamente diversi sull'approccio sostanzialista e pragmatico alla individuazione del *comi*: G. MOSS, *Group insolvency*, cit., p. 1006; K. PANNEN, *op. cit.*, p. 108.

modello *universal modified*, la cui fattispecie tipo è forse quella meno comune ed economicamente meno significativa dell'insolvenza che investe il debitore giuridicamente unico, con beni, creditori ed eventuali dipendenze sparpagliati in due o più Stati dell'Unione (⁵⁶⁴). In altre parole, il Regolamento si preoccupa di disciplinare l'apertura e la convivenza tra la procedura principale e le eventuali procedure secondarie che, in ambito europeo, possono essere dichiarate a carico dello stesso debitore, qualora quest'ultimo abbia il proprio centro degli interessi principali in un certo Stato membro e possieda altresì delle dipendenze allocate in Stati membri diversi.

In quest'ottica, quand'anche una società sia incastonata – a qualunque livello della catena di controllo – in una determinata realtà di gruppo, l'individuazione del suo *comi*, della relativa procedura concorsuale e della legge ad essa applicabile dovrebbe avvenire seguendo una logica formalista ed atomistica (⁵⁶⁵). Vale a dire, dando il massimo rilievo alla presunzione di coincidenza *ex art. 3, par. 1*, e testando la abitualità e la riconoscibilità della gestione degli interessi con specifico riferimento alla sola prospettiva dei creditori o potenziali creditori della singola controllata, a prescindere dalla mera appartenenza al gruppo e dalla più o meno intensa subordinazione al controllo e alle direttive interne di una *mind of management* collocata all'estero.

Di conseguenza, tutte le società del gruppo che siano autonome sotto il profilo soggettivo – escluse sia la possibilità che l'opportunità di considerare queste ultime alla stregua di semplici “dipendenze” della società madre, da liquidare per mezzo di procedure locali secondarie – dovrebbero necessariamente essere sottoposte a procedure principali distinte, con effetti tendenzialmente universali all'interno dell'Unione.

Vi è di più. Nel modello *universal modified* europeo, in assenza di specifiche previsioni a ciò dedicate, non solo l'insolvenza del gruppo transnazionale sembra destinata a scomporsi in una pluralità di procedure principali parallele: queste ultime, a loro volta, in virtù della presunzione di coincidenza tra *comi* e sede

(⁵⁶⁴) A. MAZZONI, *Soluzioni concordatarie*, cit., p. 137. G. MOSS, *Group insolvency*, cit., p. 1005, evidenzia che il Regolamento riproduce, in buona sostanza, il testo della Convenzione del 1996, sicché i concetti e le disposizioni in esso contenuti “*were already long out of date at the time the EC Regulation (...) came into force on May 31, 2002*”.

(⁵⁶⁵) M. PASSALACQUA, D. BENINCASA, C. ALESSI, *Rapporti tra procedura principale e procedure secondarie*, cit., p. 321, parlano di “*visione atomistica del gruppo societario*”.

legale ed in mancanza di elementi contrari, potrebbero essere aperte in differenti Stati membri e governate da leggi fallimentari diverse.

Una parte della dottrina ha rimarcato con particolare enfasi la scarsa funzionalità di siffatta impostazione, sostenendo che la potenziale apertura di plurime procedure principali in più Stati membri potrebbe tradursi in un evento “*wasteful, duplicative, expensive, and likely to impede a rescue, reconstruction, or beneficial realization of the business of the group*” ⁽⁵⁶⁶⁾. Va anche detto, peraltro, che le procedure principali “individuali” a carico di ogni società del gruppo, potrebbero essere seguite dall’apertura di una miriade di procedure secondarie, nel caso in cui, sempre in relazione ad ogni controllata, siano individuabili anche delle dipendenze in altri Stati membri. Si assisterebbe, in tal modo, ad un complicato incrocio di procedure concorsuali dai diversi effetti, disciplinate da leggi altrettanto diverse, con evidente pregiudizio per le esigenze di gestione accentrata e di riorganizzazione del gruppo transfrontaliero complessivamente considerato.

Risultano forse più comprensibili, a questo punto, i motivi per cui l’approccio atomistico alla individuazione del *comi* e il criterio basato sulla esaltazione dell’elemento della riconoscibilità all’esterno, seppur conformi alla lettera del Regolamento e alle intenzioni del legislatore europeo, hanno incontrato non poche difficoltà ad affermarsi. Se è vero, infatti, che il *comi* si presenta come un concetto vago ed interminato ⁽⁵⁶⁷⁾, è altrettanto vero che la disciplina europea, che su di esso si fonda, è stata (ed ancora) chiamata, nella maggior parte dei casi, a fornire risposte adeguate al dilagare dei fenomeni di insolvenze dei gruppi transfrontalieri non espressamente contemplati.

Ciò ha probabilmente stravolto le premesse di partenza ed ha spinto in modo abbastanza naturale gli interpreti alla ricerca di approcci meno formali, che, avallando un’interpretazione ampia e malleabile del *comi* ⁽⁵⁶⁸⁾, consentissero quanto meno l’attrazione delle procedure principali a carico di ogni sussidiaria verso un unico giudice e, soprattutto, verso un’unica legge fallimentare, ovvero

⁽⁵⁶⁶⁾ G. MOSS, *Group insolvency*, cit., p. 1008.

⁽⁵⁶⁷⁾ I. QUEIROLO, *Procedura d’insolvenza*, cit., p. 187 e p. 188, evidenzia che l’indeterminatezza della definizione e le difficoltà pratiche di rintracciarne la ricorrenza in uno Stato piuttosto che in un altro, ostacolano l’uniforme applicazione del criterio.

⁽⁵⁶⁸⁾ Sul punto v. K. PANNEN, *op. cit.*, p. 95.

quella dello Stato in cui è situata la sede della *parent company* ⁽⁵⁶⁹⁾. In tal modo, di fatto, si è andata rafforzando la sensazione che il Regolamento avesse lasciato campo libero all'elaborazione teorica e all'individuazione pratica di un *comi* (o di una giurisdizione) di gruppo ⁽⁵⁷⁰⁾, funzionale alla logica efficientistica della *procedural consolidation* tra la procedura principale aperta a carico della società madre e quelle contemporaneamente aperte a carico delle controllate ⁽⁵⁷¹⁾. Allo stesso tempo, però, con la eterogeneità degli orientamenti giurisprudenziali e dottrinari si è manifestata anche una delle debolezze tipiche dei modelli riconducibili al principio di universalità, consistente, per l'appunto, nella difficoltà di individuare con sicurezza l'*home country* dell'impresa insolvente ⁽⁵⁷²⁾.

In tale contesto, si inserisce la decisione con cui il Tribunale di Roma ⁽⁵⁷³⁾, a prescindere da ogni valutazione circa la riconoscibilità del *comi* all'esterno, ha superato la presunzione di coincidenza *ex art. 3, par. 1*, del Regolamento, ammettendo alla procedura di amministrazione straordinaria una società del gruppo *Cirio* con sede legale in Lussemburgo, sul presupposto che:

a1) in Italia era collocato “il centro strategico e direzionale delle scelte di impresa”;

⁽⁵⁶⁹⁾ A. MAZZONI, *Cross-border*, cit., p. 768: “(...) rather than favouring in each Member State the opening as main proceeding of an insolvency proceeding for each separate entity of the group, the Regulation has triggered the opposite reaction, that is the practice of running to the court of the State of the registered seat of the parent company”. Sul punto v. anche M. PASSALACQUA, D. BENINCASA, C. ALESSI, *op. loc. ult. cit.* Per l'ulteriore constatazione che la gran parte dei casi che rientrano nell'ambito di applicazione del Regolamento coinvolge le società di gruppo v. M. MENJUCQ, *EC-Regulation No 1346/2000 on Insolvency Proceedings and Groups of Companies*, in *European Company and Financial Law Review – ECFR*, 2008, pp. 135 ss.

⁽⁵⁷⁰⁾ K. PANNEN, *op. cit.*, p. 104, parla di “group jurisdiction”.

⁽⁵⁷¹⁾ Sull'utilizzo del *comi* funzionale alla *procedural consolidation* v. H. HIRTE, *Towards a Framework for the Regulation of the Corporate Groups Insolvencies*, in *European Company and Financial Law Review – ECFR*, 2008, pp. 218 ss.; I. MEVORACH, *Appropriate Treatment of Corporate Groups in Insolvency: A Universal View*, in *European Business Organisation Law Review – EBOR*, 2007, p. 189. Questa, del resto, sembra essere la strada indicata anche in sede UNCITRAL: sul punto v. A. MAZZONI, *Cross-border*, cit., p. 758 e p. 759.

⁽⁵⁷²⁾ In questi termini I. QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 188; ma v. anche nt. n. 37, ove l'Autrice richiama le osservazioni di uno tra i più autorevoli sostenitori del modello universalistico: J.L. WESTBROOK, *Developments in Transnational Bankruptcy*, in *St. Louis Univer. Law Journ.*, 1995, pp. 745 ss.

⁽⁵⁷³⁾ Trib. Roma, 26 novembre 2003, *Cirio Finance Luxembourg s.a.*, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1578; in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2004, pp. 691 ss. Per quanto riguarda il gruppo *Cirio* v. anche Trib. Roma, 14 agosto 2003, *ibidem*, pp. 685 ss. Sul punto v. L. FUMAGALLI, *Apertura della procedura principale*, cit., p. 329, il quale, con specifico riferimento alla seconda decisione, evidenzia che l'apertura della procedura principale in Italia, a carico di una società olandese, è basata sul “fatto che la società era interamente controllata da una società italiana (...) e che in Italia erano residenti tutti i componenti di cittadinanza italiana del suo consiglio di amministrazione”.

a2) gli amministratori erano tutti cittadini italiani;

a3) la gestione del gruppo era “unitariamente individuata in Italia”.

Va detto, ad onor del vero, che nella fase che ha preceduto la decisione della Corte di Giustizia sul caso *Eurofood* ⁽⁵⁷⁴⁾, sono state soprattutto le corti inglesi a favorire la diffusione in ambito europeo dell’approccio sostanzialista, incline alla valorizzazione dell’elemento della gestione indicato dal *considerando* n. 13, alla individuazione del *comi* di gruppo e al conseguente accentramento presso un’unica corte (nazionale) di tutte le procedure inerenti le diverse società del gruppo (transnazionale) ⁽⁵⁷⁵⁾. A tal riguardo, tra i casi più significativi, è opportuno ricordare:

b1) il caso *Enron Directo*, in cui il *comi* di una società che aveva sede legale, *assets* e lavoratori dipendenti in Spagna, è stato ciononostante localizzato in Inghilterra, dopo aver rilevato che le c.d. “*headquarter functions*” erano concentrate a Londra ⁽⁵⁷⁶⁾;

b2) il caso del gruppo *Daisytek*, in cui sono stati emanati diversi “*administration orders*” nei confronti, non solo della società madre inglese, ma anche delle controllate straniere con sede legale in Francia e Germania, sul presupposto che proprio dall’Inghilterra fossero state esercitate in modo unitario le c.d. “*head office functions*” ⁽⁵⁷⁷⁾;

b3) il caso del gruppo *Collins&Aikmann*, anch’esso caratterizzato dall’affermazione della giurisdizione unica di gruppo, con contestuale apertura in

⁽⁵⁷⁴⁾ Per una dettagliata ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali diffusi prima della sentenza *Eurofood v. P. DE CESARI e G. MONTELLA*, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., pp. 70 – 73.

⁽⁵⁷⁵⁾ Sul punto v. W.G. RINGE, *Forum shopping under EU Insolvency Regulation*, in *European Business Organization Law Review - EBOR*, 2008, p. 583 e p. 584, il quale parla, a tal riguardo, di “*anglo saxon approach*”, precisando che esso è stato successivamente adottato anche negli altri Stati dell’Unione. Su quest’ultimo punto v. anche G. MOSS, *Group insolvency*, cit., pp. 1012 e 1013; G.M. BUTA, *Gruppi di società*, cit., pp. 210 e 211. Tra le decisioni adottate in altri Stati membri, in linea con l’*anglo saxon approach* v. AG Munich, 4 maggio 2004, *Hettlage*, in *ZIP*, 2004, p. 962.

⁽⁵⁷⁶⁾ Si tratta di High Court of Justice London, 4 giugno 2002, descritta da G. MOSS, *Group insolvency*, cit., p. 1010; nonché da K. PANNEN, *op. cit.*, p. 140, il quale evidenzia che non solo “*the registered office*”, ma anche “*assets, customer pool, and employees*” della società erano concentrati in Spagna.

⁽⁵⁷⁷⁾ High Court of Justice Leeds, 16 maggio 2003, *ISA Daisytek*, in *ZIP*, 2003, 1362. Va detto, però, che la decisione non trascura il profilo della riconoscibilità per i terzi. Il caso, che ha dato vita (con specifico riferimento ad una controllata francese) al primo imponente conflitto di giurisdizione all’interno dell’Unione è descritto nei dettagli da S.L. BUFFORD, *International insolvency case venue in the European Union: the Parmalat and the Daisytek controversies*, in *The Columbia journal of European Law*, 2006, vol. 12, n. 2, pp. 439 ss.; ma v. anche G. MOSS, *Group insolvency*, cit., pp. 1010 ss.; A. MAZZONI, *Osservazioni*, cit., p. 13 e p. 14; P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 71 e p. 72.

Inghilterra di distinte procedure principali di “*administration*” a carico di tutte le sussidiarie europee (⁵⁷⁸).

Quest’ultimo caso, in particolare, va segnalato anche per il tentativo dei curatori delle procedure principali inglesi di scongiurare l’apertura di procedure secondarie, su iniziativa dei creditori locali delle singole controllate straniere, garantendo a questi ultimi un trattamento concorsuale (e un grado di soddisfazione) analogo rispetto a quello previsto dalla legge applicabile all’ipotetica procedura secondaria (⁵⁷⁹). La gestione efficiente ed unitaria della crisi del gruppo societario, in altri termini, sembra presupporre: *i*) non solo l’applicazione del c.d. *head office functions test*, a discapito della riconoscibilità all’esterno; *ii*) ma anche la disapplicazione, ove possibile, del meccanismo che più di tutti dovrebbe contraddistinguere il modello *universal modified* europeo, ovvero l’apertura di procedure secondarie, con effetti locali e finalità di liquidazione.

In sintesi, nei primi anni di concreta applicazione del Regolamento, si è sviluppata a livello giurisprudenziale la tendenza a ribaltare la presunzione di coincidenza tra sede legale e *comi*, riconoscendo preminente rilievo all’elemento della gestione di cui parla il *considerando* n. 13 e, in particolare, al fatto che le funzioni amministrative e direttive della società in crisi fossero esercitate in uno Stato diverso rispetto a quello della sede legale (⁵⁸⁰). Indipendentemente, a quanto sembra, dal fatto che tale ultima circostanza fosse anche riconoscibile ai terzi.

Non sarebbe di certo ragionevole negare alcune indubbie ricadute positive dell’approccio sostanzialista alla interpretazione del *comi*, a maggiore ragione ove quest’ultimo si dimostri realmente capace di assecondare l’aspirazione alla

(⁵⁷⁸) La decisione in questione è quella della High Court of Justice London, 15 luglio 2005, sinteticamente descritta da K. PANNEN, *op. cit.*, p. 136 e 137; nonché da B. WESSELS, *The place*, cit., p. 187 e p. 188. Per una dettagliata descrizione delle vicende del gruppo transnazionale *Collins&Aikmann*, con specifico riferimento alla strategia elaborata dai curatori inglesi, al fine di evitare l’apertura di procedure secondarie in altri Stati a carico delle controllate v. M. PASSALACQUA, D. BENINCASA, C. ALESSI, *op. cit.*, pp. 337 – 340.

(⁵⁷⁹) Il punto è evidenziato da M. PASSALACQUA, D. BENINCASA, C. ALESSI, *op. cit.*, p. 338; ma anche da G. MOSS, *Group insolvency*, cit., pp. 1017 e 1018. V. anche A. MAZZONI, *Soluzioni concordatarie*, cit., pp. 149 – 155. Per il caso del gruppo *Nortel* v. da ultimo B. WESSELS, *The procedural role of courts in solving cross-border insolvency cases*, in *TCR*, 2011, n. 2, p. 54.

(⁵⁸⁰) Così I. QUEIROLO, *Le procedure d’insolvenza*, cit., p. 197.

gestione unitaria ed efficiente delle insolvenze dei gruppi transfrontalieri ⁽⁵⁸¹⁾. Cionondimeno, non è da escludere che esso abbia contribuito non poco a dissolvere la nozione già di per sé problematica di *centre of main interests*, relegando in secondo piano le esigenze di prevedibilità circa il giudice competente e la legge applicabile, che pure (ri)affiorano prepotentemente nei casi di insolvenze *cross-border* e che lo stesso Regolamento sembra non voler affatto trascurare ⁽⁵⁸²⁾.

Se un lato della medaglia, dunque, è rappresentato dalla opportuna agevolazione della *procedural consolidation*, l'altro lato mostra invece come l'interpretazione ampia del *comi* abbia reso più difficile la convergenza verso una linea comune e condivisa nell'esame e nella scelta dei dati fattuali in cui esso si concretizza. Senza considerare, peraltro, le possibili conseguenze connesse all'operatività degli altri criteri di attuazione del modello *universal modified* europeo. Il rigido criterio di prevenzione e automatico riconoscimento delle decisioni, ad esempio, si regge sul postulato della mutua fiducia e non sembra tollerare alcuna incertezza sulla distribuzione della competenza internazionale. Per contro, il rischio concreto di subire indebite sottrazioni della propria *international jurisdiction*, direttamente proporzionale all'assenza di criteri certi e alla maggiore manipolabilità del *comi* ⁽⁵⁸³⁾, ha fatto sì che i tribunali chiamati a pronunciarsi ⁽⁵⁸⁴⁾ tentassero per lo più di attribuire la giurisdizione a se stessi ⁽⁵⁸⁵⁾, prendendo talvolta in considerazione anche circostanze fattuali di cui si fatica a rintracciare la valenza ai fini del radicamento della competenza internazionale ⁽⁵⁸⁶⁾.

⁽⁵⁸¹⁾ I vantaggi del “*pragmatic approach*” di matrice anglosassone sono sintetizzati da G. Moss, *Group insolvency*, cit., p. 1014. Sul punto v. anche D.U. SANTOSUOSSO, *L'insolvenza nei gruppi transfrontalieri*, cit., pp. 664 – 665; I. QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 195.

⁽⁵⁸²⁾ Sul punto v. anche A. MAZZONI, *Soluzioni concordatarie*, cit., p. 143: “*l'ubicazione in concreto delle principali funzioni imprenditoriali (...) è un dato difficilmente riconoscibile ed apprezzabile dai terzi*”.

⁽⁵⁸³⁾ Nel senso che l'approccio sostanzialista basato sulle c.d. *head office functions* può favorire il *forum shopping* v. K. PANNEN, *op. cit.*, p. 110. Sul punto v. anche P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transnazionale*, cit., p. 70.

⁽⁵⁸⁴⁾ I. QUEIROLO, *op. loc. ult. cit.*, evidenzia che l'indeterminatezza dei criteri di competenza internazionale può determinare “*una sorta di corsa*” verso l'apertura della procedura principale.

⁽⁵⁸⁵⁾ Così F.M. MUCCIARELLI, *Spostamento della sede statutaria*, cit., p. 623. I. QUEIROLO, *op. loc. ult. cit.*, evidenzia anche l'importanza per gli Stati di “*gestire al proprio interno la procedura d'insolvenza principale*”.

⁽⁵⁸⁶⁾ Il punto è evidenziato da A. MAZZONI, *Soluzioni concordatarie*, cit., p. 142, il quale sembra riferirsi, in particolare: *i)* alla *lex societatis*; *ii)* alla nazionalità degli amministratori; *iii)* alla legge applicabile ai più importanti contratti. Per un elenco dei diversi elementi che, di volta in volta,

2.- Il caso *Eurofood* al vaglio della Corte di Giustizia: il centro degli interessi principali del debitore nel caso di società eterodiretta.

Il caso *Eurofood* è stato ed è tuttora oggetto di particolare attenzione da parte della dottrina che si occupa delle insolvenze transfrontaliere⁽⁵⁸⁷⁾, non solo per la grande risonanza mediatica che a livello planetario ha accompagnato la crisi del gruppo transnazionale *Parmalat*, ma anche e soprattutto per il rilievo giuridico delle questioni che sono state affrontate, con risultati e motivazioni talvolta diametralmente opposte, da parte di numerosi giudici appartenenti a Stati membri differenti (Italia e Irlanda)⁽⁵⁸⁸⁾.

Si potrebbe affermare, senza timore di essere smentiti, che il caso *Eurofood* ha rappresentato il più importante e delicato banco di prova per il modello *universal modified* europeo, sia sul versante dei criteri di distribuzione della giurisdizione, sia su quello connesso del principio di priorità e di automatico riconoscimento della decisione di apertura⁽⁵⁸⁹⁾.

sono stati considerati idonei a giustificare il superamento della presunzione v. P. DE CESARI, *L'onere della prova*, cit., p. 69.

⁽⁵⁸⁷⁾ Senza alcuna pretesa di esaustività, tra i contributi della dottrina straniera si segnalano: T. BACHNER, *The Battle Over Jurisdiction in European Insolvency Law*, in *European Company and Financial Law Review*, 2006, No. 3, pp. 310 ss.; S.L. BUFFORD, *Centre of Main Interest, International Insolvency Case Venue, and Equality of Arms: The Eurofood Decision of the European Court of Justice*, in *27 Northwestern Journal of International Law & Business*, Winter 2007, pp. 351 ss.; H.C. DUURSMAN-KEPLINGER, *Aktuelle Entwicklungen zur internationalen Zuständigkeit für Hauptinsolvenzverfahren – Erkenntnisse aus Staubitz-Schreiber und Eurofood*, in *ZIP*, 2007, 896; G. MOSS, *Asking the Right Questions? Highs and Lows of the European Court of Justice (ECJ) Judgment in Eurofood*, in *19 Insolvency Intelligence*, July 2006, pp. 97 ss.; per la dottrina italiana v.: L. BACCAGLINI, *Il caso Eurofood: giurisdizione e litispendenza nell'insolvenza transfrontaliera*, in *Int'l Lis*, 2006, pp. 123 ss.; S. BARIATTI, *Il regolamento n. 1346/2000 davanti alla Corte di giustizia: il caso EUROFOOD*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, pp. 203 ss.; L. FUMAGALLI, *Apertura della procedura principale, competenza giurisdizionale e riconoscimento della decisione*, in *Giur. comm.*, 2007, II, pp. 313 ss.; M.A. LUPOI, *Conflitti di giurisdizioni e di decisioni nel regolamento sulle procedure d'insolvenza: il caso Eurofood e non solo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, pp. 1393 ss.; F.M. MUCCIARELLI, *Eurofood, ovvero: certezza del diritto formale e incoerenza dei principi*, in *Giur. comm.*, 2008, I, pp. 1224 ss.; F. PERSANO, *Il caso Eurofood, ovvero la contestuale apertura di due procedure principali di insolvenza nello spazio giudiziario europeo*, in *Fallimento*, 2004, pp. 1268 ss.; M.M. WINKLER, *Le procedure concorsuali relative ad imprese multinazionali: la Corte di Giustizia si pronuncia sul caso Eurofood*, in *Int'l Lis*, 2007, pp. 15 ss.; ID., *Eurofood: è davvero finito il periodo di "rodaggio" del Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza?*, in *Dir. comm. internaz.*, 2007, pp. 527 ss.

⁽⁵⁸⁸⁾ La cronologia delle decisioni inerenti il caso *Eurofood* è stata più volte ricostruita dalla dottrina: tra gli altri, v. P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., pp. 66 – 68; F.M. MUCCIARELLI, *Eurofood, ovvero*, cit., pp. 1225 – 1226; L. FUMAGALLI, *Apertura della procedura principale*, cit., pp. 328 – 329.

⁽⁵⁸⁹⁾ Su quest'ultimo aspetto v. *supra*, cap. II, par. 2.

In questa sede, avendo già esaminato alcuni aspetti salienti della vicenda e della relativa decisione della Corte di Giustizia ⁽⁵⁹⁰⁾, si farà esclusivo riferimento al problema della individuazione del *comi* e del superamento della presunzione di coincidenza con la sede legale *ex art. 3, par., 1* del Regolamento.

A tal riguardo, è opportuno osservare che il Tribunale di Parma ⁽⁵⁹¹⁾, chiamato a dichiarare lo stato d'insolvenza della società *Eurofood Ifsc Ltd*, con sede legale in Irlanda, ha ritenuto che non vi fossero molti dubbi sul fatto che l'attività di direzione e il “*centro propulsore dell'impresa*” fossero situati in Italia e, più precisamente, presso la sede della controllante italiana, ove operavano sia gli amministratori di quest'ultima sia quelli “*della Eurofood con funzioni esecutive*” ⁽⁵⁹²⁾.

Più in particolare, adeguandosi all'approccio sostanzialista di matrice inglese basato sulla valorizzazione delle c.d. *head office functions* ⁽⁵⁹³⁾, i giudici italiani hanno motivato l'apertura della procedura principale in Italia a carico di una società del gruppo transfrontaliero *Parmalat* con sede legale all'estero, evidenziando che:

a1) la *Eurofood* era amministrata da un organo collegiale composto da due amministratori *non executive* e da due amministratori *executive*;

a2) i primi erano cittadini irlandesi, mentre i secondi erano sempre stati impiegati italiani del gruppo *Pamalat* e partecipavano ai consigli di amministrazione in collegamento telefonico senza mai recarsi in Irlanda;

a3) agli amministratori *executive* italiani, peraltro, era di fatto demandata la reale gestione dell'impresa;

a4) la *Eurofood* non aveva impiegati in Irlanda, né veri e propri locali a sua disposizione, ma solo un domicilio coincidente con quello di uno studio legale irlandese;

⁽⁵⁹⁰⁾ V. *supra*, cap. II, parr. 1.1 e 2.

⁽⁵⁹¹⁾ Trib. Parma, 20 febbraio 2004, *Eurofood Ifsc Ltd*, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1567, con nota di M. FABIANI; in *Giur. it.*, 2005, pp. 1199 ss.; in *ZIP*, 2004, 1220; in *Fallimento*, 2004, pp. 1265 ss., con nota di F. PERSANO, *Il caso Eurofood, ovvero la contestuale apertura di due procedure principali di insolvenza nello spazio giudiziario europeo*.

⁽⁵⁹²⁾ Nella decisione del Tribunale di Parma, peraltro, così come nella pronuncia del Tribunale di Roma sul caso *Cirio*, compaiono anche richiami a criteri di collegamento e nozioni di diritto interno, che, a rigore, non dovrebbero avere alcun rilievo ai fini della individuazione del *comi*. Al criterio di competenza internazionale dell'art. 3, par. 1, del Regolamento, infatti, va riconosciuto un significato autonomo, da ricostruire sulla base dei principi espressi dalla disciplina europea delle insolvenze transfrontaliere: così I. QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza*, cit. p. 189.

⁽⁵⁹³⁾ K. PANNEN, *op. cit.*, p. 99.

a5) per quanto concerne l'oggetto sociale della *Eurofood*, esso consisteva esclusivamente nel procurare finanziamenti in favore delle società del gruppo, ricorrendo, ad esempio, all'emissione di titoli obbligazionari garantiti dalla capogruppo;

a6) per quanto concerne il capitale sociale, infine, esso era interamente detenuto dalla capogruppo italiana (⁵⁹⁴).

A dire il vero, non è mancata nella pronuncia del Tribunale di Parma una certa attenzione al profilo della riconoscibilità all'esterno e dell'affidamento dei terzi circa l'effettiva localizzazione dell'attività d'impresa della società debitrice (⁵⁹⁵). Sotto questo punto di vista, infatti, la corte emiliana ha rilevato che, tenuto conto della struttura del gruppo *Parmalat*, del fatto che la raccolta del capitale di credito era sempre garantita dalla capogruppo e della natura strumentale dell'attività esercitata dalla controllata *Eurofood*, i terzi che entravano in contatto con quest'ultima "non potevano non riconoscere, dietro il suo fragile schermo societario, il vero soggetto giuridico ed economico con cui stavano negoziando e su cui facevano affidamento". In altri termini, il fatto che *Eurofood* rappresentasse un "mero tramite della politica finanziaria" della capogruppo *Parmalat S.p.A.*, confermava l'assunto che la "sede principale" della controllata fosse coincidente con quello della controllante e che tale sovrapposizione fosse anche riconoscibile all'esterno, con conseguente radicamento della competenza internazionale in favore dei giudici italiani (⁵⁹⁶).

Questi ultimi, però, non erano i soli ad occuparsi delle sorti della *Eurofood*, dal momento che in Irlanda era stato avviato un procedimento parallelo, anch'esso finalizzato all'apertura *in loco* della procedura principale d'insolvenza a carico della stessa società. E' nel corso di questo procedimento che la *Supreme Court*

(⁵⁹⁴) Gli elementi su cui si fonda la decisione del Tribunale di Parma sono esaminati anche da F. PERSANO, *Il caso Eurofood, ovvero la contestuale apertura*, cit., p. 1272 e spec. nt. 12.

(⁵⁹⁵) Sul punto v. L. BACCAGLINI, *Il caso Eurofood*, cit., p. 126.

(⁵⁹⁶) A conclusioni radicalmente opposte erano pervenuti i giudici irlandesi chiamati ad occuparsi in contemporanea della stessa vicenda. Questi ultimi, in particolare, avevano ritenuto che il centro degli interessi principali di *Eurofood* fosse situato in Irlanda, vale a dire nello stesso Stato in cui la società aveva fissato la propria sede legale: v. High Court Dublin, 23 marzo 2004, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2004, pp. 1120 ss.; in *ZIP*, 2004, 1223; High Court Dublin, 27 giugno 2004, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2005, pp. 209 ss. Sul punto v. anche I. QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 203, la quale sintetizza in questi termini il ragionamento del Tribunale di Parma: "l'obiettivo della società Eurofood era la realizzazione degli interessi economici della capogruppo, la cui sede principale non poteva che essere rintracciata in Italia, al pari delle altre società del gruppo".

irlandese ⁽⁵⁹⁷⁾ ha sottoposto alla Corte di Giustizia la seguente questione pregiudiziale: “*Se laddove: a) la sede statutaria di una società madre e della sua controllata sono in due diversi Stati membri, b) la controllata esercita in modo abituale la gestione dei suoi interessi secondo modalità riconoscibili dai terzi ed in osservanza completa e regolare della sua stessa identità societaria nello Stato membro dove è situata la sua sede statutaria e c) la società madre, grazie al suo azionariato ed al potere di nominare gli amministratori, è in grado di controllare e di fatto controlla la gestione della controllata, per determinare il centro degli interessi principali i fattori rilevanti siano quelli menzionati alla lett. b) supra o, invece, quelli menzionati alla lett. c) supra*” ⁽⁵⁹⁸⁾.

In sintesi, la crisi della *Eurofood* ha scatenato un aspro conflitto di giurisdizione tra Italia ed Irlanda, che si è tradotto nell’adozione di numerose pronunce di segno contrario e nella contestuale apertura di due procedure principali parallele a carico della stessa società. Tale evenienza, che nel modello *universal modified* europeo dovrebbe essere semplicemente esclusa dall’automatico riconoscimento della decisione di apertura che per prima produce effetti, è stata determinata, almeno in parte ⁽⁵⁹⁹⁾, dai differenti approcci concretamente utilizzati al fine di individuare il *comi* della società debitrice e di superare la presunzione di coincidenza con la sede legale ⁽⁶⁰⁰⁾. E’ in questo quadro, ulteriormente aggravato dai pesanti dubbi sulla reale tenuta del principio di mutua fiducia, che i giudici irlandesi hanno chiesto alla Corte di Giustizia, in buona sostanza, di indicare quale tra i due elementi menzionati dal *considerando* n. 13 debba prevalere ai fini del rilevamento del *comi* e che rilievo dovrebbe essere riconosciuto, in particolare, al fatto che la società controllata, pur operando nello Stato della sede legale nel pieno rispetto della sua identità ⁽⁶⁰¹⁾, sia internamente gestita da una *mind of management* collocata in uno Stato diverso.

⁽⁵⁹⁷⁾ Supreme Court of Ireland, 27 luglio 2004, in *ZIP*, 2004, 1969.

⁽⁵⁹⁸⁾ Si tratta, in particolare, della quarta questione pregiudiziale sollevata dalla *Supreme Court* irlandese: v. Corte di Giustizia CE, 2 maggio 2006, in causa C-341/04, *Eurofood Ifsc Ltd, in Fallimento*, 2006, pp. 1249 ss., punto n. 24. La questione pregiudiziale è riprodotta anche da P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 68; F.M. MUCCIARELLI, *Eurofood*, ovvero, cit., p. 1227.

⁽⁵⁹⁹⁾ Altro punto di divergenza, infatti, riguardava la concreta individuazione del “*momento*” in cui la procedura concorsuale deve considerarsi aperta e, pertanto, quale “*decisione di apertura*” era destinata a prevalere su quella di segno contrario adottata dai giudici di un altro Stato membro.

⁽⁶⁰⁰⁾ In questi termini P. CATALLOZZI, *Il regolamento europeo*, cit., p. 1256.

⁽⁶⁰¹⁾ L. FUMAGALLI, *Apertura della procedura principale*, cit., p. 334.

Ebbene, i giudici di Lussemburgo, dopo aver precisato che il *comi* è un concetto proprio del Regolamento e che esso va delineato in relazione ad ogni debitore “*costituente un’entità giuridicamente distinta*” ⁽⁶⁰²⁾, hanno stabilito che dal predetto *considerando* n. 13 deriva la necessità che il centro degli interessi principali del debitore sia individuato ricorrendo “*a criteri al tempo stesso obiettivi e verificabili dai terzi*” ⁽⁶⁰³⁾. Questo tipo di indagine deve ritenersi in ogni caso imprescindibile, in quanto funzionale a “*garantire la certezza del diritto e la prevedibilità dell’individuazione del giudice competente ad aprire una procedura di insolvenza principale*” ⁽⁶⁰⁴⁾.

In quest’ottica, la presunzione semplice introdotta dal Regolamento a favore della sede legale statutaria “*può essere superata solo se elementi obiettivi e verificabili da parte di terzi consentono di determinare l’esistenza di una situazione reale diversa da quella che si ritiene corrispondere alla collocazione di detta sede statutaria*” ⁽⁶⁰⁵⁾. A detta della Corte, ciò potrebbe valere, in particolare, per le “*società fantasma*”, ovvero per quelle società che non svolgano alcuna attività nel territorio dello Stato membro all’interno del quale si trova la sede legale ⁽⁶⁰⁶⁾; al contrario, qualora una società eserciti la propria attività nel territorio dello stesso Stato membro in cui è stata fissata la sede legale, “*il semplice fatto che le sue scelte gestionali siano o possano essere controllate da una società madre stabilita in un altro Stato membro non è sufficiente per superare la presunzione di coincidenza*” ⁽⁶⁰⁷⁾.

A ben guardare, la Corte di Giustizia si è astenuta dall’indicare con precisione i fattori di cui tener conto ai fini della individuazione del centro degli interessi principali del debitore, nonché dell’eventuale superamento della presunzione di coincidenza con il luogo in cui si trova la sede legale. Sicchè, bisognerebbe inevitabilmente concordare con chi in dottrina ha sottolineato che i giudici degli

⁽⁶⁰²⁾ Corte di Giustizia CE, 2 maggio 2006, in causa C-341/04, cit., punto n. 30 e punto n. 31. Il “*significato autonomo*” della nozione di *comi* è stato recentemente ribadito da Corte di Giustizia CE, 20 ottobre 2011, in causa C-396/09, cit., punto n. 43; la domanda di pronuncia pregiudiziale era stata proposta dal Tribunale di Bari il 12 ottobre 2009 ed è reperibile sul sito *web* www.curia.europa.eu.

⁽⁶⁰³⁾ Corte di Giustizia CE, 2 maggio 2006, in causa C-341/04, cit., punto n. 33.

⁽⁶⁰⁴⁾ Corte di Giustizia CE, 2 maggio 2006, in causa C-341/04, cit., punto n. 33.

⁽⁶⁰⁵⁾ Corte di Giustizia CE, 2 maggio 2006, in causa C-341/04, cit., punto n. 34.

⁽⁶⁰⁶⁾ Corte di Giustizia CE, 2 maggio 2006, in causa C-341/04, cit., punto n. 35.

⁽⁶⁰⁷⁾ Corte di Giustizia CE, 2 maggio 2006, in causa C-341/04, cit., punto n. 36.

Stati membri non potrebbero sottrarsi all'arduo compito di valutare, caso per caso, tutti gli elementi della vita societaria, sia sotto il profilo qualitativo che quantitativo ⁽⁶⁰⁸⁾. Cionondimeno, non pare sia revocabile in dubbio che la sentenza *Eurofood*, abbia assegnato un ruolo di primo piano al *considerando* n. 13 e, in particolare, all'elemento della riconoscibilità (c.d. *contact with creditors*) ⁽⁶⁰⁹⁾, con l'evidente scopo di tutelare le esigenze di prevedibilità di coloro che, entrando in rapporti con la società e decidendo di farle credito, dovrebbero potersi prefigurare con sufficiente certezza quale sarà il giudice dotato di competenza internazionale e quale sarà la legge applicabile alla procedura concorsuale, in caso di eventuale insolvenza del debitore ⁽⁶¹⁰⁾.

Pertanto, la presunzione di coincidenza *ex art. 3, par. 1*, non dovrebbe venir meno per il semplice fatto che una società, controllata o indipendente ⁽⁶¹¹⁾, sia materialmente gestita da un luogo diverso rispetto a quello della sede legale, qualora l'elemento della gestione e l'esercizio delle c.d. *head office functions*, inteso quest'ultimo come assunzione delle decisioni strategiche gestionali e/o finanziarie, non trovino adeguato riscontro nell'esistenza di fattori obiettivi e riconoscibili all'esterno ⁽⁶¹²⁾. Per gli stessi motivi, il superamento della presunzione dovrebbe essere abbastanza agevole nel caso in cui la "*società fantasma*" non svolga alcuna attività nello Stato della sede legale statutaria ⁽⁶¹³⁾.

⁽⁶⁰⁸⁾ I. QUEIROLO, *Le procedure d'insolvenza*, cit., p. 206.

⁽⁶⁰⁹⁾ In questi termini F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali*, cit., p. 214, il quale precisa che "*Eurofood era internamente amministrata dall'Italia, ma questo fatto non era riconoscibile da parte dei terzi*". Sul punto v. anche B. WESSELS, *The place*, cit., p. 189: "*The contact with creditors approach is decisive*".

⁽⁶¹⁰⁾ Sul punto G.M. BUTA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 128, afferma con chiarezza che "*Risulta pertanto confermato che il criterio devolutivo della competenza sia da intendere come teso a tutelare l'affidamento dei terzi*".

⁽⁶¹¹⁾ Nel senso che i canoni interpretativi indicati dalla Corte di Giustizia "*hanno valore generale e dovranno guidare in giudici nazionali anche nella determinazione del COMI di società indipendenti*" v. S. BARIATTI, *Il regolamento n. 1346/2000*, cit., pp. 203 ss.

⁽⁶¹²⁾ Così F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali*, cit., p. 214 e p. 215, il quale precisa anche che la nozione di *comi* fondata sulla riconoscibilità dovrebbe essere "*più rigida e meno manipolabile*" e, di conseguenza, dovrebbero diminuire i "*pericoli di forum shopping in danno dei creditori*". Nel senso che, dopo la sentenza *Eurofood*, la presunzione di coincidenza tra *comi* e sede legale potrebbe essere superata "*solo in casi assolutamente estremi*": P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 69; B. WESSELS, *op. loc. ult. cit.*, parla della presunzione di cui all'art. 3, par. 1, come di una "*cornerstone in determining the international jurisdiction of a court*".

⁽⁶¹³⁾ Sul punto v. anche P. DE CESARI, *Il trasferimento all'estero*, cit., p. 668, la quale sottolinea però che la sentenza *Eurofood* "*non contiene alcun elemento utile a prefigurare altre ipotesi atte a superare l'anzidetta presunzione*". In giurisprudenza, per un caso in cui la società debitrice si presentava, rispetto allo Stato in cui era stata trasferita la sede legale, come "*società fantasma*": v.

3.- La giurisprudenza successiva alla pronuncia *Eurofood*.

Dopo la pronuncia della Corte di Giustizia sul caso *Eurofood*, in più di un'occasione, sia i giudici italiani che quelli stranieri hanno avuto nuovamente modo di confrontarsi con la disciplina europea delle insolvenze transfrontaliere. Al contrario di quanto ci si poteva ragionevolmente attendere, tuttavia, le più recenti pronunce hanno dimostrato, da un lato, la tendenza a rispolverare la teoria delle c.d. *head office functions*, considerata non a torto più funzionale ad assecondare le prospettive di risanamento dei gruppi di società, nonché, dall'altro, a fare ancora riferimento a nozioni, criteri di collegamento e orientamenti giurisprudenziali che dovrebbero venire rilievo in fattispecie puramente interne o comunque escluse dalla sfera di applicazione del Regolamento ⁽⁶¹⁴⁾.

3.1.- Il caso *Ittierre* e non solo, ovvero: la persistente diversità di approcci alla individuazione del *comi*.

Tra i casi italiani più recenti, va senz'altro menzionato quello del gruppo *Ittierre*, le cui vicende possono essere così riassunte:

a1) nel febbraio 2009, con decreto del Ministro dello sviluppo economico, veniva disposta l'ammissione di una società italiana – la *Ittierre S.p.A.* – alla procedura di “*ristrutturazione industriale di grandi imprese in stato di insolvenza*”, prevista dal c.d. decreto Marzano ⁽⁶¹⁵⁾;

App. Milano, 8 maggio 2008, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, II, pp. 717 ss., con nota di G.M. BUTA.

⁽⁶¹⁴⁾ A. MAZZONI, *Soluzioni concordatarie*, cit., p. 144, evidenzia che la sentenza *Eurofood* avrebbe dovuto rappresentare “*la condanna a morte della concezione economica e sostanzialista del COMI*” e che avremmo dovuto assistere, nei casi di insolvenza di gruppo, “*all’apertura di una pluralità di procedimenti di insolvenza nei diversi Stati*”. Sul punto v. anche P. CATALLOZZI, *Il regolamento europeo*, cit., p. 1260:

⁽⁶¹⁵⁾ Cfr. art. 2, co. 1 e co. 2, d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito in l. 18 febbraio 2004, n. 39. Sulle motivazioni che hanno spinto il Governo italiano ad adottare tale normativa v. S. VINCRE, *Brevi considerazioni sull’amministrazione straordinaria speciale alla luce del Regolamento europeo n. 1346/2000*, in *La Legge Marzano. Commentario*, a cura di A. CASTAGNOLA e R. SACCHI, Torino, 2006, p. 45.

a2) al decreto ministeriale di ammissione seguiva la dichiarazione dello stato di insolvenza da parte del Tribunale di Isernia ⁽⁶¹⁶⁾;

a3) tenuto conto però che la società italiana era controllata da altra società con sede legale in Lussemburgo – la *It Holding Finance S.A.* – i commissari straordinari chiedevano ed ottenevano l'estensione della procedura alla controllante ⁽⁶¹⁷⁾;

a4) è così che, con sentenza del 10 aprile 2009 ⁽⁶¹⁸⁾, il Tribunale di Isernia dichiarava lo stato di insolvenza anche della società controllante, sul presupposto che il *centre of main interests* di quest'ultima fosse localizzato in Italia e che, in particolare, esso fosse coincidente con quello della controllata.

Concentrando l'attenzione sull'apertura della procedura a carico della società controllante, appare piuttosto evidente che il problema che le autorità italiane ⁽⁶¹⁹⁾ hanno dovuto risolvere, anche in questo caso, consisteva nella individuazione e nella selezione di elementi idonei a supportare il superamento della presunzione di coincidenza del *comi* con la sede legale della società debitrice. Più in particolare, trattandosi di una società avente sede legale in un altro Stato membro ⁽⁶²⁰⁾, sia il

⁽⁶¹⁶⁾ Cfr. art. 2, co. 1, d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito in l. 18 febbraio 2004, n. 39, secondo cui la dichiarazione dello stato di insolvenza spetta al tribunale del luogo in cui l'impresa ha la "sede principale".

⁽⁶¹⁷⁾ Cfr. art. 3, co. 3, d.l. 23 dicembre 2003, n. 347, convertito in l. 18 febbraio 2004, n. 39, secondo cui, il commissario straordinario può chiedere al ministro competente l'ammissione alla procedura di altre imprese del gruppo, "*presentando contestuale ricorso per la dichiarazione dello stato di insolvenza al tribunale che ha dichiarato l'insolvenza dell'impresa di cui all'art. 2, comma 1*". Nel senso che questo articolo detta una norma (anche) sulla giurisdizione v. P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 29.

⁽⁶¹⁸⁾ In *Fallimento*, 2010, pp. 59 ss., con nota di G. MONTELLA.

⁽⁶¹⁹⁾ Il Regolamento fornisce un'autonoma definizione di "*Giudice*" all'art. 2, lett. d). Sul punto v. Consiglio di Stato, 25 gennaio 2007, n. 269, in *Fallimento*, 2007, pp. 259 ss., con nota di P. DE CESARI e G. MONTELLA, secondo cui: i) il Ministro competente, quando emana il decreto ex art. 3, co. 3, del decreto Marzano, è "*Giudice*" ai sensi dell'art. 2, lett. d), del Regolamento; ii) il decreto con il quale il Ministro si pronuncia ex art. 3, co. 3, del decreto Marzano, costituisce una "*Decisione*" di apertura della procedura d'insolvenza, ai sensi dell'art. 2, lett. e), del Regolamento; iii) "*in base alla disciplina attuale, l'ammissione a tale procedura si realizza uno actu, con l'emanazione del predetto decreto, soggetto peraltro alla duplice condizione, ex art. 4 (...), dell'accertamento, in sede giurisdizionale, dello stato d'insolvenza e della successiva ed ulteriore autorizzazione alla esecuzione del piano di ristrutturazione. Ne deriva che, ove la decisione di ammissione alla predetta procedura concorsuale riguardi un'impresa del gruppo già ammesso alla procedura in via principale, e questa sia una società costituita ed avente sede statutaria in altro Stato membro, spetta al Ministro (...) verificare la propria competenza giurisdizionale all'atto della dichiarazione dello stato d'insolvenza, con conseguente illegittimità del decreto ministeriale, ove implicitamente ritenga che tale competenza sussista, senza compiere alcuna delle valutazioni richieste dalla normativa comunitaria, e in particolare quella della collocazione in Italia del centro degli interessi principali del debitore*".

⁽⁶²⁰⁾ La presunzione di coincidenza tra il *comi* e il luogo in cui è ubicata la sede legale statutaria dovrebbe trovare applicazione anche per le società che hanno sede legale al di fuori

Ministro che ne ha decretato l'ammissione alla procedura, sia il Tribunale che ne ha successivamente dichiarato lo stato di insolvenza, avrebbero dovuto fondare il radicamento della *international jurisdiction* sull'accertamento di elementi al tempo stesso oggettivi e riconoscibili per i terzi ⁽⁶²¹⁾. Come la dottrina ha già avuto modo di rimarcare, infatti, nessun caso riconducibile all'alveo applicativo del Regolamento potrebbe essere deciso o discusso ignorando quanto stabilito dalla Corte di Giustizia nel caso *Eurofood* ⁽⁶²²⁾. Sicché, appare chiaro il motivo per cui anche i giudici italiani investiti della vicenda *Ittierre* hanno reso omaggio alla sentenza *Eurofood*, riproducendone quasi integralmente uno dei passaggi più significativi, ovvero quello in cui i giudici di Lussemburgo hanno indicato come necessaria la presenza di elementi obiettivi e verificabili per i terzi, in grado di palesare all'esterno l'eventuale dissociazione tra la sede legale e il centro degli interessi principali del debitore ⁽⁶²³⁾.

Più nel dettaglio, le circostanze prese in considerazione dal Tribunale di Isernia, nel dichiarato intento di adeguarsi agli insegnamenti della Corte di Giustizia, sono state le seguenti:

b1) per quanto riguarda la compagine sociale, il capitale della società controllante con sede legale in Lussemburgo, a sua volta, apparteneva per intero ad altra società con sede legale in Italia, anch'essa afferente allo stesso gruppo societario e già ammessa in estensione alla procedura;

b2) per quanto riguarda la composizione degli organi amministrativi, nell'ambito del consiglio di amministrazione, l'unico consigliere di nazionalità lussemburghese non era titolare di deleghe operative;

b3) l'oggetto sociale, infine, consisteva nella emissione di prestiti obbligazionari garantiti dalle altre società del gruppo ⁽⁶²⁴⁾.

dell'Unione; in questo caso, tuttavia, l'operatività ordinaria della presunzione escluderebbe di per sé l'applicabilità del Regolamento, giacché quest'ultima dipende dalla localizzazione del *comi* all'interno dell'Unione.

⁽⁶²¹⁾ Così G. MONTELLA, *Il fallimento del COMI?*, in *Fallimento*, 2010, p. 61.

⁽⁶²²⁾ G. MONTELLA, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁶²³⁾ Corte di Giustizia CE, 2 maggio 2006, in causa C-341/04, cit., spec. punti nn. 34 e 35: “(...) la presunzione (...) può essere superata soltanto se elementi obiettivi e verificabili da parte di terzi consentono di determinare l'esistenza di una situazione reale diversa da quella che si ritiene corrispondere alla collocazione in detta sede statutaria. Ciò potrebbe per una società fantasma, la quale non svolgesse alcuna attività sul territorio dello Stato membro in cui si trova la sua sede sociale”.

⁽⁶²⁴⁾ Trib. Isernia, 10 aprile 2009, cit., p. 60.

I dati fattuali appena elencati sono stati qualificati dalla corte molisana come “*obiettivi e significativi*”, oltre che “*verificabili da terzi*”; in quanto tali, inoltre, essi sono stati considerati idonei a manifestare all'esterno la sussistenza di “*una situazione reale diversa da quella che fa corrispondere la collocazione del centro degli interessi (...) nel territorio dello Stato membro, Lussemburgo, in cui si trova la sede statutaria*” ⁽⁶²⁵⁾.

Ebbene, non è revocabile in dubbio che gli elementi presi in considerazione dal Tribunale di Isernia siano in buona parte sovrapponibili a quelli su cui già il Tribunale di Parma ⁽⁶²⁶⁾, nel caso *Eurofood*, aveva fatto leva al fine di localizzare in Italia il *comi* di una società controllata con sede legale in un differente Stato membro. Il vero problema è che quegli stessi elementi, al vaglio della Corte di Giustizia, non sono sembrati sufficienti a ribaltare la presunzione di cui all'art. 3, par. 1 ⁽⁶²⁷⁾: in effetti, ancorché *Eurofood* avesse la propria sede legale all'estero, non era in discussione il fatto che essa fosse stata gestita internamente dall'Italia e che la sua unica attività, peraltro, fosse consistita nell'effettuare finanziamenti in favore della società capogruppo e di altre imprese della galassia *Parmalat* ⁽⁶²⁸⁾. Ciononostante, la Corte di Giustizia, dopo aver dato atto della circostanza che “*la società madre è in grado, attraverso la sua partecipazione nel capitale e il suo potere di nominare gli amministratori della controllata, di controllare la gestione di quest'ultima*” ⁽⁶²⁹⁾, ha sminuito il valore probatorio della gestione centralizzata interna ed esaltato, per contro, quello della riconoscibilità verso l'esterno, sostenendo che il superamento della presunzione dovrebbe essere circoscritto a casi estremi, come quello delle *sham companies* o *letterbox companies* ⁽⁶³⁰⁾. Vale a dire, società che non svolgono alcuna attività sul territorio dello Stato membro in cui si trova la sede legale statutaria e che, per lo Stato in cui operano effettivamente, al contrario, si configurerebbero quale vere e proprie *pseudo foreign corporations*. Più in particolare, il fatto che la società controllante presti garanzie in favore di una controllata che opera effettivamente nello Stato della

⁽⁶²⁵⁾ Trib. Isernia, 10 aprile 2009, cit., p. 60.

⁽⁶²⁶⁾ Trib. Parma, 20 febbraio 2004, *Eurofood IFSC Ltd*, in *Foro it.*, 2004, I, c. 1567.

⁽⁶²⁷⁾ Questo punto è stato evidenziato da G. MONTELLA, *Il fallimento*, cit., p. 62.

⁽⁶²⁸⁾ Trib. Parma, 20 febbraio 2004, cit., spec. c. 1576.

⁽⁶²⁹⁾ Corte di Giustizia CE, 2 maggio 2006, in causa C-341/04, cit., punto n. 27.

⁽⁶³⁰⁾ Così F.M. MUCCIARELLI, *Eurofood, ovvero*, cit., p. 1228.

sede legale, non pare sia sufficiente a spostare il *comi* della seconda presso la sede della prima ⁽⁶³¹⁾.

E' comprensibile, a questo punto, l'opinione espressa dalla dottrina italiana, che, analizzando punto per punto la decisione resa dal Tribunale di Isernia, non ha esitato ad affermare che essa "*sembra frutto di una curiosa giravolta*", giacché, a dispetto della formale adesione ai principi espressi dalla sentenza *Eurofood*, il riconoscimento della giurisdizione si basa sulla valorizzazione di elementi sostanzialmente analoghi a quelli che la stessa Corte di Giustizia aveva ritenuto inidonei a localizzare in Italia il *comi* di una società (controllata) con sede legale all'estero ⁽⁶³²⁾.

Il caso *Ittierre* si pone invero quale diretta ed ulteriore testimonianza della ritrosia, già autorevolmente segnalata ⁽⁶³³⁾, dei tribunali nazionali a distaccarsi dalle "*proprie «abitudini» in materia di determinazione dell'ambito della propria giurisdizione*", oltre che della persistente diversità di approcci astrattamente utilizzabili – e invero concretamente utilizzati – per risolvere il problema della individuazione del *comi*.

A ben guardare, infatti, l'orientamento giurisprudenziale e dottrinario di matrice sostanzialista, incline a dare maggior peso all'elemento della gestione, alle c.d. *head office functions* ed ai legami di gruppo, anche a dispetto della loro riconoscibilità, pare tutt'altro che recessivo. Del resto, già esaminando il caso *Illochroma* ⁽⁶³⁴⁾, si è avuto modo di osservare come, in piena era *post-Eurofood*, vi siano state poche remore ad aprire, questa volta in Francia, una procedura

⁽⁶³¹⁾ L'osservazione è di S. BARIATTI, *Il Regolamento n. 1346/2000*, cit., pp. 203 ss. Sul punto v. anche K. PANNEN, *op. cit.*, p. 142. Nel senso che "*all'attività di direzione vera e propria del gruppo di regola si associano, nella holding, altre attività che si sogliono definire come di assistenza alle società che compongono il gruppo*" e che, tra queste, "*l'assistenza finanziaria della holding riguarda la provvista dei mezzi finanziari necessari alla controllata; e può assumere rilievo esterno al gruppo, come quando dà luogo al rilascio, da parte della holding, di fideiussioni*": F. GALGANO, *Direzione e coordinamento*, cit., p. 6 e p. 7.

⁽⁶³²⁾ L'espressione in corsivo e le considerazioni riportate nel testo sono di G. MONTELLA, *Il fallimento*, cit., p. 62, il quale evidenzia, peraltro, che la stessa motivazione della sentenza sembrerebbe dimostrare che la società sottoposta a procedura concorsuale in Italia non era affatto una *letterbox company* in Lussemburgo. In effetti, con specifico riferimento all'oggetto sociale della società, il Tribunale di Isernia parla esplicitamente di "*attività espletata*". In questo senso v. anche P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 74 e p. 75, i quali richiamano altre decisioni italiane (inedite e non) che sembrerebbero discostarsi dalle linee guida tracciate dalla Corte di Giustizia.

⁽⁶³³⁾ A. MAZZONI, *Osservazioni*, cit., p. 13, il quale parla di "*lip homage*" ai precetti del diritto comunitario.

⁽⁶³⁴⁾ Per il caso *Illochroma* v. *supra*, cap. II.

principale a carico di una società appartenente all'omonimo gruppo transnazionale, che però aveva in Italia:

c1) non solo la propria sede legale, sufficiente, di per sé, a far scattare la presunzione “forte” di coincidenza con il *comi*;

c2) ma anche il suo unico insediamento produttivo, con circa cinquanta lavoratori dipendenti.

Quest'ultimo dato, in particolare, analizzato con le categorie e con i parametri di riferimento offerti dalla sentenza *Eurofood*, dovrebbe necessariamente condurci ad ammettere che, anche nel caso *Illochroma*, rispetto all'ordinamento italiano, la controllata italiana sottoposta alla procedura principale francese fosse tutt'altro che una *letterbox company* ⁽⁶³⁵⁾. Sarebbe stata davvero un'impresa ardua, a dire il vero, sostenere che la società debitrice non avesse svolto effettivamente, oltre che in modo riconoscibile all'esterno, alcuna attività commerciale e/o amministrativa nello stesso Stato in cui era fissata la sede legale, o che in Italia, in altre parole, non fossero rintracciabili, né interessi rilevanti da gestire, né creditori in grado di percepirla ⁽⁶³⁶⁾. Ciononostante, i giudici d'Oltralpe hanno ritenuto che in Francia fosse individuabile il *comi* e che quest'ultimo non fosse simmetricamente corrispondente al luogo in cui era fissata la sede legale, giacché proprio dalla Francia venivano gestite unitariamente tutte le attività del gruppo e delle singole partecipate ⁽⁶³⁷⁾. A tal riguardo, è forse opportuno precisare che il Regolamento non esclude affatto la possibilità di dimostrare la diversa collocazione dell'*amministrazione principale* ⁽⁶³⁸⁾ rispetto alla sede legale statutaria, purché, si badi bene, la localizzazione avvenga all'esito di una valutazione globale e onnicomprensiva, basata su elementi materiali oggetto di una qualche forma di pubblicità, vale a dire circondati da una trasparenza sufficiente a far sì che i terzi abbiano potuto averne contezza ⁽⁶³⁹⁾.

⁽⁶³⁵⁾ Così P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 75.

⁽⁶³⁶⁾ Cfr., a tal riguardo, le *Conclusioni* dell'Avvocato Generale J. KOKOTT, presentate il 10 marzo 2011, relativamente alla causa C-396/09, punti nn. 60 e 68, reperibili in www.curia.europa.eu.

⁽⁶³⁷⁾ P. DE CESARI e G. MONTELLA, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁶³⁸⁾ E' questa l'espressione utilizzata dalla recentissima Corte di Giustizia CE, 20 ottobre 2011, in causa C-396/09, cit., punti nn. 48 e 51; al punto n. 53 si parla anche di “*centro effettivo di direzione e controllo*”.

⁽⁶³⁹⁾ Così Corte di Giustizia CE, 20 ottobre 2011, in causa C-396/09, cit., punto n. 49, la quale richiama e precisa quanto già affermato da Corte di Giustizia CE, 2 maggio 2006, in causa C-341/04, cit., punto n. 33.

Sempre in Italia, infine, con due decisioni gemelle, il Tribunale di Lucca ⁽⁶⁴⁰⁾ ha ammesso alla procedura di concordato preventivo due società con sede legale statutaria all'estero – una in Germania e l'altra in Francia – appartenenti allo stesso gruppo, sul presupposto che il *comi* e la “sede effettiva” di entrambe fossero in realtà individuabili presso quelli della capogruppo italiana. A tal fine, i giudici toscani hanno evidenziato:

d1) l'accentramento presso la capogruppo delle principali funzioni gestionali;

d2) la centralizzazione delle scelte gestionali, delle trattative commerciali, della pianificazione relativa alla produzione, nonché delle decisioni relative agli acquisti principali;

d3) la gestione in parte condivisa del personale.

In dottrina, con specifico riferimento al caso appena descritto, è stato però osservato che il superamento della presunzione di coincidenza tra sede legale e *comi* sembra essere avvenuto sorvolando proprio sulla questione fondamentale della riconoscibilità dei suddetti elementi da parte di coloro che entrano in rapporto con la società ⁽⁶⁴¹⁾, nei diversi luoghi in cui viene esercitata l'attività economica. Cionondimeno, la soluzione adottata, consistente nella sostanziale individuazione di un *comi* unico di gruppo polarizzato presso la sede della società madre, potrebbe essere considerata comunque accettabile, qualora non si ponga come conseguenza obbligata della mera appartenenza al gruppo o della direzione unitaria della capogruppo; essa dovrebbe dipendere, piuttosto, da “una valutazione qualitativa e quantitativa di tutti gli elementi della vita societaria” ⁽⁶⁴²⁾.

In modo ancora più esplicito, con evidente deviazione rispetto alla via maestra tracciata dalla pronuncia *Eurofood*, la giurisprudenza ha anche affermato che, nei casi di gruppi di società, la competenza internazionale dovrebbe essere attribuita allo Stato in cui sono collocati gli interessi principali della società capogruppo, sul

⁽⁶⁴⁰⁾ Trib. Lucca, 18 settembre 2008 e Trib. Lucca, 12 settembre 2008, in *Banca borsa tit. credito*, 2010, II, pp. 206 ss., con nota di G.M. BUTA.

⁽⁶⁴¹⁾ G.M. BUTA, *Gruppi di società*, cit., p. 213. Sul punto, con specifico riferimento alla situazione precedente l'adozione della sentenza *Eurofood* da parte della Corte di Giustizia, v. anche S. BARIATTI, *L'applicazione del Regolamento CE n. 1346/2000 nella giurisprudenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, p. 697, secondo la quale “la prassi (...) sembra aver trascurato o, quantomeno, sottovalutato l'importanza della riconoscibilità per i terzi creditori del centro degli interessi principali del debitore”.

⁽⁶⁴²⁾ L'espressione è di G.M. BUTA, *op. loc. ult. cit.*; negli stessi termini G. MINUTOLI, *L'insolvenza transnazionale*, cit., p. 1574. Sul punto v. anche Trib. Milano, 26 luglio 2011, in *www.ilcaso.it*, nel punto in cui afferma che “occorre considerare l'insieme dei rapporti giuridici di cui è parte la società”.

presupposto dell'esistenza di una situazione di fatto che evidenzia come la società controllata, pur svolgendo la propria attività in altri Stati membri, si limiti a recepire pedissequamente strategie e direttive elaborate ed impartite dalla capogruppo ⁽⁶⁴³⁾. In quest'ottica, l'uso strumentale della delocalizzazione, quand'anche la controllata operi effettivamente nello Stato della sede legale, dimostrerebbe l'effettiva volontà di non radicarvi il *comi*, spalancando le porte alla trattazione unitaria dell'insolvenza ⁽⁶⁴⁴⁾ e alla *procedural consolidation* tra procedure principali nel modello *universal modified* europeo. Ciò equivale a dire, a quanto pare, che potrebbe configurarsi, in determinati casi, una sostanziale coincidenza tra “*interessi*” della controllante e “*interessi*” della controllata, sebbene, come si è già visto, la qualificazione degli interessi rilevanti ai fini della individuazione del *comi* non potrebbe avvenire trascurando la prospettiva dei creditori di ogni singola società e la prevalenza dell'elemento della riconoscibilità di cui parla il *considerando* n. 13.

E' molto probabile che il riferimento della Corte di Giustizia alla nozione di “*società fantasma*” debba essere considerato come meramente esemplificativo ⁽⁶⁴⁵⁾, ovvero non esaustivo di tutte le ipotesi in cui potrebbe concretamente registrarsi ed essere dimostrata un'asimmetria tra *comi* e sede legale statutaria, a maggior ragione laddove i segni distintivi della società madre e quelli delle società controllate siano simili o identici ⁽⁶⁴⁶⁾. Allo stesso modo, non è da escludere che l'approccio sostanzialista alla individuazione del *comi* si appalesi, in determinate circostanze, più conforme alle esigenze di ristrutturazione delle società inserite in più ampi contesti di gruppo ⁽⁶⁴⁷⁾.

⁽⁶⁴³⁾ Trib. Lucca, 12 febbraio 2010, in *Giur. merito*, 2010, pp. 1566 ss.

⁽⁶⁴⁴⁾ G. MINUTOLI, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁶⁴⁵⁾ Così P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 70; nonché P. DE CESARI, *L'onere della prova*, cit., p. 70, la quale precisa che l'interpretazione opposta non sarebbe condivisibile, dal momento che “*la nozione di centro degli interessi principali presuppone un rapporto ed un confronto tra interessi principali e secondari, ma non per questo meno reali, presenti in due o più Stati*”. Questa posizione trova una esplicita conferma nelle *Conclusioni* dell'Avvocato Generale J. KOKOTT, presentate il 10 marzo 2011, in relazione al procedimento C-396/09, cit., punti nn. 58 e 61.

⁽⁶⁴⁶⁾ Così G.M. BUTA, *op. loc. ult. cit.* Nello stesso senso v. anche F.M. MUCCIARELLI, *Spostamento della sede statutaria*, cit., p. 623.

⁽⁶⁴⁷⁾ Lo stesso G. MONTELLA, *Il fallimento*, cit., p. 66, che ha dettagliatamente analizzato la decisione del Tribunale di Isernia nel caso *Ittierre*, evidenziandone i punti di discontinuità rispetto alla sentenza *Eurofood*, ammette che la stessa decisione pare “*condivisibile su una base di mero buon senso, visto che è difficile negare che in realtà la debitrice lussemburghese si inseriva in un gruppo di fatto esclusivamente italiano*”.

Ciò detto, però, neppure si può negare che la Corte di Giustizia, proprio traendo spunto dalle problematiche inerenti alle insolvenze di gruppo, abbia tentato di arginare la progressiva e costante erosione dell'elemento della riconoscibilità, esplicitamente menzionato dal *considerando* n. 13, ad opera dei fautori delle c.d. *head office functions*. In tal modo, peraltro, i giudici di Lussemburgo hanno fornito agli interpreti una lettura dell'art. 3, par. 1, animata dal chiaro ed unico intento di tutelare le esigenze di prevedibilità circa i criteri di distribuzione della *interntional jurisdiction* e di individuazione della legge applicabile alle procedure concorsuali, sia nel caso di insolvenza di società controllate, sia nel caso più generale di insolvenza di società indipendenti. Per contro, il tentativo di perseguire scopi estranei al Regolamento, sembra aver alimentato la naturale e (forse) irriducibile eterogeneità dei canoni ermeneutici concretamente utilizzabili, traducendosi a volte in una sostanziale presa di distanza rispetto ai principi affermati dalla stessa Corte di Giustizia.

Il vero problema è che oggetto della contesa è, nella stragrande maggioranza dei casi, il fondamentale titolo di giurisdizione in un modello basato sulla tendenziale universalità della procedura principale. Di conseguenza, l'incertezza che ancora circonda l'esatta qualificazione del *comi* potrebbe:

d1) esasperare le tensioni fisiologicamente connesse all'applicazione del rigido criterio di priorità temporale, sgretolando il clima di reciproca fiducia tra le diverse corti dell'Unione, su cui, al contrario, dovrebbe essere edificato l'intero modello *universal modified* europeo e su cui si basa la funzionalità dei suoi criteri di attuazione;

d2) incrementare le tentazioni di *forum* e *law shopping* ⁽⁶⁴⁸⁾, dal momento che i soggetti di volta in volta interessati – non solo il debitore, ma anche i suoi creditori –, intercettando la ragionevole aspirazione delle corti nazionali a prevenire indebite sottrazioni di giurisdizione, potrebbero ottenere più facilmente

⁽⁶⁴⁸⁾ F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali*, cit., pp. 209 – 210, ha però evidenziato che il *forum shopping* in materia fallimentare potrebbe “*produrre effetti positivi ed efficienti anche per i creditori (...) ad esempio quando il diritto del paese d'origine non consente di ristrutturare la società, mentre il nuovo diritto fallimentare ammette possibilità maggiori*”. Sulla possibile distinzione e contrapposizione tra *forum shopping bonus* e *forum shopping malus* v. P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., pp. 103 ss. Sul punto v. anche P. CATALLOZZI, *Il regolamento europeo*, cit., p. 1260.

l'adozione di decisioni contrarie rispetto a quelle cui si perverrebbe seguendo le linee guida tracciate dalla Corte di Giustizia ⁽⁶⁴⁹⁾.

Non può negarsi, in altri termini, che la ricostruzione del *comi* offerta dai giudici di Lussemburgo non appaia, né definitiva, né in grado di soddisfare pienamente le esigenze di coordinamento tra procedure principali avvertite nei casi di ristrutturazione di gruppi societari transfrontalieri ⁽⁶⁵⁰⁾. Resta il fatto però che, a prescindere dalle modifiche e dalle integrazioni di cui il Regolamento potrebbe aver bisogno, essa indica un percorso e una finalità cui bisognerebbe uniformarsi il più possibile, per contribuire alla creazione del necessario clima di mutua fiducia in cui sviluppare, in un futuro più o meno prossimo, quella organica disciplina europea delle procedure concorsuali che ancora manca.

3.2.- Le questioni irrisolte dalla sentenza *Eurofood*.

L'intervento della Corte di Giustizia è stato invocato, a dire il vero, per chiarire il significato di una nozione caratterizzata da un alto tasso di intrinseca ambiguità. Come si è già avuto modo di evidenziare, infatti, lo stesso *considerando* n. 13 sembra fornire all'interprete due indicazioni in netto contrasto tra loro, giacché il luogo in cui la società gestisce e amministra in modo abituale i propri interessi e quello in cui si svolgono i processi decisionali interni non sempre e non necessariamente coincidono con quello in cui la volontà della società stessa si manifesta all'esterno, rendendosi palese nei confronti dei terzi.

In questo quadro, alla prese con un titolo di giurisdizione destinato a trovare applicazione nei casi più disparati, la sentenza *Eurofood* si è limitata semplicemente a ribadire con chiarezza le finalità della disciplina europea delle insolvenze transfrontaliere, senza scendere nel dettaglio e senza indicare, in particolare, gli elementi oggettivi e riconoscibili su cui potrebbe in concreto

⁽⁶⁴⁹⁾ P. DE CESARI, *Il trasferimento all'estero*, cit., p. 670, descrivendo il caso del gruppo transfrontaliero *PIN*, sottolinea che la manipolazione del *comi* potrebbe dipendere dalla valorizzazione del solo elemento della riconoscibilità, qualora, in particolare, l'esame dei fattori oggettivi e riconoscibili per i terzi non sia accompagnato anche dalla dovuta attenzione al profilo della abitudine di cui al *considerando* n. 13.

⁽⁶⁵⁰⁾ Nel senso che “molto meno importante è (...) la problematica della regolazione dell'insolvenza di gruppo, quando sullo sfondo non appare la speranza (o l'illusione) di una riorganizzazione” v. A. MAZZONI, *Osservazioni*, cit., p. 21.

fondarsi l'individuazione del *comi* e il superamento della presunzione di coincidenza con la sede legale ⁽⁶⁵¹⁾. L'unica indicazione concreta è quella relativa al *comi* della società fantasma, che può legittimamente essere individuato nello Stato in cui la società effettivamente opera, piuttosto che in quello in cui è stata collocata la sola sede legale.

A dire il vero, la possibilità che anche dopo *Eurofood* perdurino letture discordanti è una diretta conseguenza dell'impossibilità per la Corte di giustizia di fornire una definitiva e completa interpretazione del *comi*. Recentemente, infatti, una nuova pronuncia dei giudici di Lussemburgo ha ribadito che il superamento della presunzione è possibile solo quando “*dal punto di vista dei terzi, il luogo dell'amministrazione principale della società non si trova presso la sede statutaria*” ⁽⁶⁵²⁾. A tal fine, dovrebbero essere presi in considerazione tutti i luoghi in cui la società conduce un'attività economica, senza tralasciare neppure quelli in cui la società stessa detiene dei beni ⁽⁶⁵³⁾, purché tali luoghi siano visibili per coloro che entrano in contatto con la società. Più in particolare, la Corte di Giustizia ha precisato che:

a1) la localizzazione in uno Stato membro diverso rispetto a quello della sede legale di beni immobili appartenenti alla società, rispetto ai quali la società stessa abbia concluso contratti di affitto;

a2) nonché l'esistenza di contratti stipulati con istituti finanziari;

potrebbero essere in effetti essere considerati come elementi obiettivi e riconoscibili per i terzi ⁽⁶⁵⁴⁾, sebbene la presenza di questi fattori sia destinata ad assumere valenza determinante solo all'ambito di una valutazione complessa e generale, che tenga conto di tutti gli altri elementi potenzialmente rilevanti, ovunque essi siano collocati all'interno dell'Unione.

E' evidente, pertanto, che non esiste un approccio interpretativo univoco, tale da consentire in ogni caso una localizzazione certa del *comi*, giacché oggetto di valutazione è un criterio fattuale che può essere influenzato da una pluralità di

⁽⁶⁵¹⁾ Sul punto v. F.M. MUCCIARELLI, *Eurofood*, *ovvero*, cit., pp. 1228 – 1229.

⁽⁶⁵²⁾ Corte di Giustizia CE, 20 ottobre 2011, in causa C-396/09, cit., punto n. 51.

⁽⁶⁵³⁾ Corte di Giustizia CE, 20 ottobre 2011, in causa C-396/09, cit., punto n. 52. Nel senso che la presenza di immobili in un certo Stato non dovrebbe essere di per sé determinante ai fini della individuazione del *comi* v. G.M. BUTA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 731; F.M. MUCCIARELLI, *Spostamento della sede statutaria*, cit., p. 624. Sul punto v. anche P. DE CESARI, *L'onere della prova*, cit., p. 69.

⁽⁶⁵⁴⁾ Corte di Giustizia CE, 20 ottobre 2011, in causa C-396/09, cit., punto n. 53.

fattori indeterminabili *a priori* e variabili a seconda del tipo di debitore e delle circostanze del caso concreto.

4.- Il momento rilevante ai fini della determinazione della *international jurisdiction*.

Il Regolamento, oltre a non definire esplicitamente il *comi*, si astiene dal fornire precise indicazioni normative circa il momento temporale rilevante ai fini della sua determinazione e neppure detta specifiche disposizioni riguardanti il trasferimento del centro degli interessi principali ⁽⁶⁵⁵⁾. In altre parole, il Regolamento non fissa esplicitamente il momento rispetto al quale il giudice, eventualmente investito dell'istanza di apertura di una procedura di insolvenza, dovrebbe valutare il reale posizionamento del *comi*, ai fini della distribuzione della *international jurisdiction* all'interno dell'Unione (c.d. *reference date*) ⁽⁶⁵⁶⁾.

Anche su questo punto, però, è intervenuta la Corte di Giustizia, con la sentenza *Staubitz Schreiber* del 17 gennaio 2006 ⁽⁶⁵⁷⁾. Quest'ultima, a quanto consta, rappresenta la prima pronuncia resa dai giudici di Lussemburgo in tema di disciplina europea delle insolvenze transfrontaliere ⁽⁶⁵⁸⁾ e si distingue, tra l'altro ⁽⁶⁵⁹⁾, per il fatto di non occuparsi direttamente della “definizione” di *centre of main interests* fornita dall'art. 3, par. 1, e dal *considerando* n. 13.

⁽⁶⁵⁵⁾ Lo ammette in modo esplicito anche Corte di Giustizia CE, 20 ottobre 2011, in causa C-396/09, cit., punto n. 54.

⁽⁶⁵⁶⁾ M. VIRGÓS e F. GARCIMARTÍN, *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, The Hague, 2004, p. 49.

⁽⁶⁵⁷⁾ Si tratta della nota Corte di Giustizia CE, 17 gennaio 2006, in causa C-1/04, *Staubitz Schreiber*, in *Fallimento*, 2006, pp. 907 ss., con nota adesiva di F. MACRÌ; in *Dir. fall.*, 2006, II, pp. 413 ss., con nota di F. DIALTI, *Trasferimento del centro degli interessi principali del debitore nel territorio di un altro Stato membro successivamente alla proposizione della domanda di apertura di una procedura di insolvenza*; in *Riv. dir. soc.*, 2007, pp. 64 ss.; in *ZIP*, 2006, 188, con nota di B. KNOF e S. MOCK; in *ZInsO*, 2006, 86; in *NZI*, 3/2006, 153, con nota di P. MANKOWSKI. In dottrina, prima dell'intervento della Corte di Giustizia, sul problema della “*reference date*” v. B. WESSELS, *International Jurisdiction*, cit., p. 11.

⁽⁶⁵⁸⁾ K. PANNEN, *op. cit.*, p. 150; F. MACRÌ, *Trasferimento del centro degli interessi principali e competenza giurisdizionale nel Regolamento (CE) 1346/2000*, in *Fallimento*, 2006, p. 910.

⁽⁶⁵⁹⁾ Con la sentenza *Staubitz Schreiber* i giudici comunitari hanno affrontato anche la questione dell'applicabilità *ratione temporis* della disciplina europea delle insolvenze transfrontaliere (cfr. art. 43 Regolamento): sul punto v. Corte di Giustizia CE, 17 gennaio 2006, in causa C-1/04, cit., spec. punto n. 21. Su questi aspetti della decisione v. F. DIALTI, *Trasferimento del centro degli interessi principali del debitore*, in *Dir. fall.*, 2006, II, pp. 414 – 418; nonché F.

Per una migliore comprensione delle questioni affrontate dalla Corte di Giustizia può essere utile riassumere brevemente i fatti che hanno condotto al rinvio pregiudiziale. Nel caso in questione, una persona fisica di nazionalità tedesca, che esercitava in Germania un'attività commerciale, aveva presentato, nel dicembre 2001, un'istanza per l'apertura della procedura di insolvenza a suo carico all'*Amtsgericht-Insolvenzgericht* di Wuppertal. Tale richiesta era stata però respinta ai sensi del § 26 della *Insolvenzordnung* per “carenza di attivi”. Allo stesso modo, era stato rigettato dal *Landgericht* di Wuppertal ⁽⁶⁶⁰⁾ anche l'appello successivamente presentato dalla debitrice: il giudice di secondo grado, in particolare, aveva rilevato il difetto di *international jurisdiction* in capo ai giudici tedeschi, dal momento che, a partire dal 1° aprile 2002, la stessa debitrice aveva trasferito il proprio domicilio e le proprie attività economiche in Spagna e, pertanto, il *comi* doveva ritenersi localizzato – *ex art. 3, par. 1, Regolamento* – nel nuovo Stato di arrivo. La debitrice aveva presentato allora ricorso al *Bundesgerichtshof*, sostenendo che la questione della giurisdizione dovesse essere valutata in relazione al momento in cui la domanda di apertura era stata introdotta, per la prima volta, innanzi all'*Amtsgericht-Insolvenzgericht* di Wuppertal, con conseguente irrilevanza del successivo trasferimento del *comi* in Spagna ⁽⁶⁶¹⁾. Il *Bundesgerichtshof*, dal suo canto, dopo aver confermato che la causa rientrava nell'alveo applicativo del Regolamento, aveva sottoposto alla Corte di Giustizia la questione preliminare dal seguente tenore: “*Se il giudice dello Stato membro, al quale sia stata presentata la domanda di avvio della procedura di insolvenza, resti competente a decidere in merito all'apertura di detta procedura quando il debitore, successivamente alla proposizione della domanda, ma anteriormente all'apertura della procedura stessa, abbia trasferito il centro dei propri interessi*”

MACRÌ, *Trasferimento del centro degli interessi principali*, cit., p. 912. Più in generale v. S.M. CARBONE, *Il Regolamento (CE) n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza*, cit., p. 96.

⁽⁶⁶⁰⁾ LG Wuppertal, 14 agosto 2002, in *ZInsO*, 2002, p. 1099.

⁽⁶⁶¹⁾ Sulle ragioni che potrebbero aver spinto la debitrice a reclamare, con tutti i mezzi a sua disposizione, il riconoscimento della giurisdizione in capo ai giudici tedeschi e, in tal modo, l'apertura di una procedura principale governata dalla legge tedesca: v. F. DIALTI, *Trasferimento del centro degli interessi principali del debitore*, in *Dir. fall.*, 2006, II, p. 420, spec. nt. 8, il quale, a tal riguardo, evidenzia che questo caso sembrerebbe distinguersi per una sorta di “forum shopping *al contrario*”, giacché il debitore, dopo aver trasferito il *comi*, non invoca l'applicazione della legge concorsuale dello Stato di arrivo, bensì quella dello Stato di partenza; il motivo, secondo l'Autore, sembrerebbe riconducibile alla possibilità offerta dalla *Insolvenzordnung* di beneficiare della “*Restschuldbefreiung*”. In questo senso v. anche S. BARIATTI, *Il regolamento n. 1346/2000*, cit., pp. 203 ss.

principali nel territorio di un altro Stato membro, ovvero se la competenza venga invece trasferita al giudice dell'altro Stato membro" ⁽⁶⁶²⁾.

A ben guardare, come già osservato in dottrina ⁽⁶⁶³⁾, la questione giuridica consisteva nel verificare se il momento determinante ai fini della individuazione del *comi* del debitore fosse:

a1) quello della presentazione dell'istanza con cui si chiede l'apertura di una procedura concorsuale ⁽⁶⁶⁴⁾;

a2) o, in alternativa, quello in cui la decisione di apertura viene effettivamente adottata e produce i suoi effetti.

Ciò equivale a chiedersi se, ai fini della determinazione del *comi*, siano o meno da prendere in considerazione eventuali trasferimenti del centro degli interessi principali, posti in essere dal debitore prima dell'apertura della procedura, ma dopo la presentazione della relativa istanza ⁽⁶⁶⁵⁾

La Corte di Giustizia, allineandosi invero ad una posizione già espressa in dottrina ⁽⁶⁶⁶⁾, ha affermato con chiarezza che la collocazione del *comi* deve essere vagliata con riguardo alla situazione sussistente al momento della presentazione della domanda di apertura ⁽⁶⁶⁷⁾. Di conseguenza, nessun rilievo dovrebbe essere attribuito ad eventuali e successivi trasferimenti del centro degli interessi principali del debitore. Sicché, il giudice dello Stato membro in cui è situato il *comi* al momento della proposizione della domanda di apertura resta munito della propria competenza internazionale, indipendentemente da trasferimenti successivi, realizzati dal debitore prima della decisione di apertura ⁽⁶⁶⁸⁾.

Se così non fosse, del resto, la scelta del foro competente e quella della legge applicabile alla procedura di insolvenza sarebbero rimesse alla esclusiva volontà del debitore. Il che, a dire il vero, sembrerebbe porsi in aperto contrasto, da un lato, con il proposito del Regolamento di combattere i fenomeni di *forum* e *law*

⁽⁶⁶²⁾ Cfr. Corte di Giustizia CE, 17 gennaio 2006, in causa C-1/04, cit., spec. punto n. 20; nonché *Bundesgerichtshof*, 27 novembre 2003, in *ZIP*, 2004, p. 94.

⁽⁶⁶³⁾ B. WESSELS, *The place*, cit., p. 186; F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali*, cit., p. 221.

⁽⁶⁶⁴⁾ In questo senso si era già espressa AG Celle, 18 aprile 2005, in *NZI*, 2005, 415.

⁽⁶⁶⁵⁾ F.M. MUCCIARELLI, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁶⁶⁶⁾ Tra gli altri, M. VIRGÓS e F. GARCIMARTÍN, *op. cit.*, p. 49 e p. 50, erano già pervenuti alla stessa soluzione accolta dai giudici di Lussemburgo.

⁽⁶⁶⁷⁾ F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali*, cit., p. 222. In questo senso v. anche S. BARIATTI, *Il Regolamento n. 1346/2000*, cit., pp. 203 ss.

⁽⁶⁶⁸⁾ Cfr. Corte di Giustizia CE, 17 gennaio 2006, in causa C-1/04, cit., spec. punto n. 29.

shopping ⁽⁶⁶⁹⁾, nonché, dall'altro, con la necessità di garantire ai creditori la maggiore certezza possibile sulla legge chiamata a regolare le procedure concorsuali, in caso di eventuale insolvenza del proprio debitore ⁽⁶⁷⁰⁾. In altri termini, qualsivoglia diversa interpretazione dell'art. 3, par. 1, sarebbe contraria agli obiettivi perseguiti dalla disciplina europea, favorendo il *forum shopping* del debitore e aumentando in modo simmetrico l'incertezza dei terzi e, in particolare, dei creditori sul giudice competente e sulla *lex fori concursus* ⁽⁶⁷¹⁾.

Vi è di più che la regola della cristallizzazione della competenza internazionale al momento della presentazione della domanda di apertura si pone quale diretto corollario del principio generale della *perpetuatio iurisdictionis* ⁽⁶⁷²⁾.

Le argomentazioni utilizzate dalla Corte di Giustizia nella sentenza *Staubitz Schreiber* testimoniano in modo inequivocabile la tendenza, rafforzata anche dalle successive pronunce *Eurofood* e *MG Probud* ⁽⁶⁷³⁾, a valorizzare la parte introduttiva del Regolamento. Si ha la conferma, pertanto, che i principi ⁽⁶⁷⁴⁾ e i valori consacrati nei suoi *recitals* dovrebbero costituire la principale linea guida, cui tutti gli interpreti sembrano chiamati ad attenersi nella corretta ricostruzione e applicazione del modello *universal modified* europeo. In questo quadro, rilievo cruciale è ascrivito, tra l'altro, alla finalità di garantire un'adeguata protezione ai creditori contro eventuali comportamenti opportunistici posti in essere dal debitore insolvente ⁽⁶⁷⁵⁾.

⁽⁶⁶⁹⁾ Cfr. Corte di Giustizia CE, 17 gennaio 2006, in causa C-1/04, cit., spec. punto n. 25. Sul punto v. K. PANNEN, *op. cit.*, p. 113 e p. 114; prima dell'intervento della Corte di Giustizia, per le medesime considerazioni, v. M. VIRGÓS e F. GARCIMARTÍN, *op. cit.*, p. 50.

⁽⁶⁷⁰⁾ Cfr. Corte di Giustizia CE, 17 gennaio 2006, in causa C-1/04, cit., spec. punti nn. 26 e 27. Sul punto v. anche F. MACRÌ, *op. cit.*, p. 913, che ritiene “*pienamente condivisibile*” la posizione assunta dalla Corte di Giustizia.

⁽⁶⁷¹⁾ Così F.M. MUCCIARELLI, *op. loc. ult. cit.*, il quale precisa che “*questo principio di diritto è applicabile anche alle società. Di conseguenza, qualsiasi spostamento di sede, amministrativa o sociale, tra l'istanza di fallimento e la decisione definitiva è irrilevante e non fa mutare il giudice competente*”.

⁽⁶⁷²⁾ Sul punto v. S. BARIATTI, *Il regolamento n. 1346/2000*, cit., pp. 203 ss., la quale, non condividendo completamente le motivazioni della sentenza *Staubitz Schreiber*, evidenzia che il momento nel quale si instaurano i rapporti tra debitore e creditori e quello in cui l'insolvenza si manifesta sono del tutto indipendenti e possono essere anche molto distanti nel tempo: in altre parole, non è affatto scontato che i creditori possano essere a conoscenza di eventuali trasferimenti del *comi* e non è detto che vi debbano in ogni caso acconsentire.

⁽⁶⁷³⁾ Per la seconda sentenza, in particolare, v. *infra*, cap. II, par. 3.1.

⁽⁶⁷⁴⁾ Evidenzia questo profilo della decisione anche P. DE CESARI, *Onere della prova*, cit., p. 73.

⁽⁶⁷⁵⁾ B. WESSELS, *op. loc. ult. cit.*

In ossequio alla stessa logica, malgrado l'assenza di specifiche disposizioni anche in tema di giurisdizione o competenza per le azioni derivanti dal fallimento e nonostante la diversità delle scelte compiute a tal riguardo dai singoli legislatori nazionali ⁽⁶⁷⁶⁾, la Corte di Giustizia ha stabilito che l'art. 3, par. 1, del Regolamento deve essere interpretato nel senso che ai giudici dello Stato membro nel cui territorio viene aperta la procedura principale deve essere riconosciuta la competenza internazionale anche per quanto concerne “*un'azione revocatoria fondata sull'insolvenza e diretta contro il convenuto avente la sua sede statutaria in un altro Stato membro*” ⁽⁶⁷⁷⁾. In altre parole, i giudici di Lussemburgo hanno introdotto una peculiare forma di *vis attractiva* europea ⁽⁶⁷⁸⁾ per le azioni che “*derivano direttamente*” dalla procedura principale e che “*vi si inseriscono strettamente*” ⁽⁶⁷⁹⁾, operando, a tal fine, una parziale riscrittura dello stesso art. 3, par. 1. Quest'ultimo, in effetti, si limita ad attribuire ai giudici dell'Unione la sola

⁽⁶⁷⁶⁾ Per quanto riguarda l'Italia, v. F. DE SANTIS, *Le azioni civili che derivano dal fallimento*, in *Trattato di diritto fallimentare*, diretto da V. BUONOCORE e A. BASSI, vol. II, Padova, 2010, pp. 24 ss. Evidenzia le differenze esistenti tra le leggi fallimentari interne L.C. CARBALLO PIÑEIRO, *La vis attractiva concursus nel diritto concorsuale europeo*, in *Dir. fall.*, 2011, I, pp. 370 ss., la quale esamina, in particolare, l'impatto delle recenti pronunce della Corte di Giustizia sugli ordinamenti che non contemplano la regola interna della *vis attractiva concursus*.

⁽⁶⁷⁷⁾ Corte di Giustizia CE, 12 febbraio 2009, in causa C-339/07, *Seagon c. Deko Marty Belgium NV*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 920 ss., con nota di A. CASTAGNOLA, *Regolamento CE 1346/2000 e vis attractiva concursus: verso un'universalità meno limitata?*; in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2009, pp. 493 ss.; in *Int'l Lis*, 2009, pp. 65 ss., con nota di F. CORSINI, *La Corte di Giustizia inventa una (dimezzata) vis attractiva concursus internazionale*; in *Dir. comm. internaz.*, 2009, pp. 441 ss., con nota di F. DIALTI, *Giurisdizione in materia di azione revocatoria fallimentare comunitaria*; in *Fallimento*, 2009, pp. 666 ss., con nota di M. FARINA, *La vis attractiva concursus nel Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*; in *Foro it.*, 2009, IV, c. 397, con nota di P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Una vis attractiva comunitaria sulla revocatoria fallimentare?*. La questione pregiudiziale inerente alla *internazionale Zuständigkeit* (competenza internazionale) era stata sollevata dal *Bundesgerichtshof*: BGH, ordinanza del 21 giugno 2007, in *ZIP*, 2007, 1415, leggibile anche in *Fallimento*, 2008, pp. 394 ss., con nota di L. PANZANI, *Azione revocatoria nei confronti dello straniero e giurisdizione del giudice che ha dichiarato il fallimento secondo il diritto comunitario. Note minime a seguito della decisione del Bundesgerichtshof del 21 giugno 2007*, *ibidem*, pp. 494 ss.; sul punto v. anche F. CORSINI, *Revocatoria fallimentare e giurisdizione nelle fonti comunitarie: la parola passa alla Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2008, pp. 429 ss. Per una ricostruzione dei diversi orientamenti che si erano sviluppati prima dell'intervento della Corte di Giustizia v. E. CONSALVI, *Brevi considerazioni in materia di giurisdizione e legge applicabile alla revocatoria fallimentare comunitaria*, in *www.judicium.it*.

⁽⁶⁷⁸⁾ A. CASTAGNOLA, *Regolamento CE 1346/2000 e vis attractiva concursus: verso un'universalità meno limitata?*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 928, precisa che “*la vis introdotta dalla Corte si limita invero ad attrarre (...) le controversie non al giudice che ha aperto la procedura, ma a tutti i giudici dello Stato membro, sul territorio del quale la procedura è stata avviata*”; sul punto v. anche F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali*, cit., p. 227. Ad ogni modo, nella dottrina straniera era già diffusa l'idea che il Regolamento avesse introdotto una forma peculiare di *vis attractiva*: sul punto v. K. PANNEN, *op. cit.*, p. 125; nonché G. MOSS, I.F. FLETCHER, S. ISAACS, *The EC Regulation*, cit., p. 171.

⁽⁶⁷⁹⁾ Cfr. Corte di Giustizia CE, 12 febbraio 2009, in causa C-339/07, cit., spec. punti nn. 20 e 21.

competenza internazionale ai fini dell'apertura della procedura principale, senza fornire, per contro, alcuno spunto funzionale all'enucleazione di una regola in tema di *vis attractiva* ⁽⁶⁸⁰⁾. Ciononostante, la Corte ha ritenuto di poter superare l'ostacolo rappresentato dalla formulazione letterale della norma, ricorrendo ad un'interpretazione "*teleologica*" ⁽⁶⁸¹⁾, imposta, a suo dire, dalla necessità di:

b1) assicurare il c.d. "effetto utile" del Regolamento, vale a dire l'individuazione di norme che disciplinino, non solo la competenza internazionale ai fini dell'avvio delle procedure di insolvenza, ma anche quella relativa all'adozione di decisioni che derivano direttamente dalla procedura, così come auspicato dal *considerando* n. 6 ⁽⁶⁸²⁾;

b2) promuovere l'efficienza, l'efficacia e la rapidità della procedura concorsuale, di cui si parla nel *considerando* n. 2 e nel *considerando* n. 8, mediante la concentrazione delle azioni direttamente legate all'insolvenza dinanzi ai giudici dello stesso Stato in cui la procedura stessa è stata aperta ⁽⁶⁸³⁾;

b3) disinnescare, come prescritto dal *considerando* n. 4, le pratiche di *forum* e *law shopping*, pregiudizievoli per il buon funzionamento del mercato interno ⁽⁶⁸⁴⁾.

⁽⁶⁸⁰⁾ Nel senso che l'interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia sarebbe il risultato di una "*forzatura dei dati normativi*", tale da porla in aperto "*contrasto con numerose disposizioni contenute nello stesso regolamento*" v. F. CORSINI, *Profili transnazionali*, cit., p. 42.

⁽⁶⁸¹⁾ Così la definisce A. CASTAGNOLA, *Regolamento CE 1346/2000*, cit., p. 926. Ma v. anche M. FARINA, *La vis attractiva concursus nel Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Fallimento*, 2009, p. 668; P. DE CESARI e G. MONTELLA, *Insolvenza transfrontaliera*, cit., p. 113.

⁽⁶⁸²⁾ Cfr. Corte di Giustizia CE, 12 febbraio 2009, in causa C-339/07, cit., spec. punto n. 20. Più in particolare, il *considerando* n. 6 prevede che Regolamento dovrebbe limitarsi a prevedere disposizioni che disciplinino la competenze per l'apertura delle procedure di insolvenza e "*per le decisioni che scaturiscono direttamente da tali procedure e sono ad esse strettamente connesse*".

⁽⁶⁸³⁾ Cfr. Corte di Giustizia CE, 12 febbraio 2009, in causa C-339/07, cit., spec. punto n. 22. Sul punto v. A. CASTAGNOLA, *Regolamento CE 1346/2000*, cit., p. 927, che parla di "*ottica teleologica ed efficientistica*"; nonché M. FARINA, *La vis attractiva concursus*, cit., p. 971.

⁽⁶⁸⁴⁾ Cfr. Corte di Giustizia CE, 12 febbraio 2009, in causa C-339/07, cit., spec. punto n. 23. A tal riguardo, la dottrina ha però manifestato un certo scetticismo: M. FARINA, *La vis attractiva concursus*, cit., p. 973, evidenzia "*l'irrilevanza dell'argomento fondato sull'esigenza di evitare il c.d. forum shopping*"; A. CASTAGNOLA, *Regolamento CE 1346/2000*, cit., p. 927, osserva che la chiave di lettura offerta dalla Corte di Giustizia potrebbe persino allontanare l'obiettivo di disincentivare il *forum shopping*; in tal senso v. anche L.C. CARBALLO PIÑEIRO, *La vis attractiva concursus*, cit., p. 368.

5.- Il trasferimento del centro degli interessi principali del debitore: presunzione di coincidenza con la sede statutaria e riparto dell'onere della prova.

Il trasferimento della sede legale della società all'estero, tenuto conto della presunzione di coincidenza di cui all'art. 3, par. 1, può incidere sulla localizzazione del *comi*. In mancanza di prova contraria, la predetta presunzione dovrebbe operare in favore della nuova sede, comportando, peraltro, l'applicazione della legge fallimentare dello Stato di arrivo. Cionondimeno, va precisato che il trasferimento della sede legale all'estero non determina necessariamente lo spostamento del centro degli interessi principali del debitore. Si tratta, in effetti, di due concetti distinti, che il Regolamento accosta solo in via presuntiva, senza rinunciare all'intento di radicare la *international jurisdiction* nello Stato in cui si colloca “*il centro effettivo di direzione e controllo della società stessa, nonché della gestione dei suoi interessi*” ⁽⁶⁸⁵⁾.

In altri termini, in caso di trasferimento della sede legale all'estero si ripropone il problema della individuazione degli elementi idonei a dimostrare, all'esito di una valutazione necessariamente globale e variabile a seconda delle circostanze del caso concreto, ove sia realmente collocato il *comi*. E' importante, in particolare, che la gestione degli interessi in un determinato luogo sia accertata in base a criteri obiettivi e riconoscibili per i creditori.

In quest'ottica, al fine di verificare l'eventuale superamento della presunzione di coincidenza è fondamentale determinare quale sia il momento temporale davvero rilevante per la localizzazione del centro degli interessi principali del debitore. A tal riguardo, va detto che la sentenza *Staubitz Schreiber* del 2006, pur prendendo spunto da un caso di trasferimento del *comi* ⁽⁶⁸⁶⁾ avvenuto successivamente rispetto all'istanza di apertura della procedura di insolvenza, ha fornito indicazioni utili anche per l'ipotesi opposta, ovvero quella dello spostamento preventivo del centro degli interessi principali. La Corte di Giustizia, in effetti, ha accolto un principio destinato a trovare applicazione in tutti i casi in cui si renda necessario individuare il momento rilevante ai fini del posizionamento

⁽⁶⁸⁵⁾ Corte di Giustizia CE, 20 ottobre 2011, in causa C-396/09, cit., punto n. 53; ma v. anche punto n. 48.

⁽⁶⁸⁶⁾ Nel senso che la scelta di spostare all'estero gli elementi materiali che rappresentano il *comi* dell'impresa è “*manifestazione della libertà di stabilimento*” v. F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali*, cit., p. 222. Sul punto v. anche le *Conclusioni* dell'Avvocato Generale J. KOKOTT, presentate il 10 marzo 2011, relativamente alla causa C-396/09, cit., punto n. 48.

del *comi*, a prescindere dal fatto che l'eventuale trasferimento segua o preceda la domanda di apertura.

Analizzando il contenuto della sentenza *Staubitz Schreiber*, la dottrina italiana ha già avuto modo di osservare che i giudici di Lussemburgo, intenzionati a garantire la massima certezza nella individuazione del giudice competente, hanno scelto e identificato in modo preciso il momento in cui la competenza internazionale deve ritenersi definitivamente cristallizzata all'interno dell'Unione ⁽⁶⁸⁷⁾. Tale momento, come si è visto, corrisponde a quello in cui viene presentata la domanda di apertura della procedura. Di conseguenza, nel modello *universal modified* europeo, i trasferimenti effettivi del *comi* che anticipino la proposizione della domanda di apertura non potrebbero essere considerati automaticamente irrilevanti. Questi ultimi, al contrario, potrebbero modificare la distribuzione della giurisdizione tra i diversi fori dell'Unione e la legge applicabile alle procedure di insolvenza.

Il Regolamento non contiene una previsione analoga a quella che nella nostra legge fallimentare ha introdotto, senza possibilità di prova contraria, la regola della *prorogatio fori*. In tal modo, allo scopo di anestetizzare le possibili conseguenze connesse alle pratiche *forum shopping* interno, il momento rilevante per la individuazione del tribunale territorialmente competente ex art. 9 l. fall. è stato anticipato di un anno rispetto all'esercizio dell'iniziativa per la dichiarazione di fallimento ⁽⁶⁸⁸⁾. Ammesso che tale regola nazionale incida sulla giurisdizione, trovando così applicazione anche nell'ipotesi di trasferimento della sede della società all'estero, bisognerebbe comunque rilevarne il contrasto con la disciplina europea delle insolvenze transfrontaliere, la quale, per contro, non ha previsto alcun "periodo sospetto" anteriore all'istanza di apertura in cui i trasferimenti di sede sono per definizione inefficaci. Per tale motivo, la regola interna della

⁽⁶⁸⁷⁾ La tesi è stata esposta da F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali*, cit., p. 223.

⁽⁶⁸⁸⁾ L'art. 9, co. 2, l. fall., (modificato dall'art. 7, d. lgs. 9 gennaio 2006, n. 5) stabilisce che il trasferimento della sede intervenuto nell'anno antecedente all'esercizio dell'iniziativa per la dichiarazione di fallimento non rileva ai fini della competenza. Si tratta, a ben guardare, di una norma molto rigida, che considera irrilevanti anche i trasferimenti effettivi. Sul punto v. G. MONTELLA, *La competenza internazionale*, cit., p. 718, il quale precisa che, il problema della *prorogatio fori* si pone, in realtà, solo nei casi di trasferimento effettivo della sede; nei casi di trasferimento fittizio, al contrario, il debitore dovrebbe fallire (in Italia) senza restrizioni cronologiche. Sul punto v. anche A. BASSI, *Lezioni di diritto fallimentare*, cit., p. 68, il quale sembra essere orientato nel senso che l'art. 9, co. 2, l. fall., si applica ai soli casi di trasferimento della sede all'interno del territorio nazionale; nello stesso senso G. CAVALLI, *La dichiarazione di fallimento*, cit., p. 169.

prorogatio non potrebbe trovare applicazione qualora il *comi* del debitore si posizioni all'interno dell'Unione ⁽⁶⁸⁹⁾. Questo non significa che nel modello *universal unified* europeo non siano immaginabili altre forme di tutela contro i trasferimenti del *comi* che avvengano in data assai prossima all'istanza di apertura. E' lo stesso *considerando* n. 13, infatti, a richiedere in modo esplicito che la gestione degli interessi si contraddistingua, non solo per la sua riconoscibilità all'esterno, ma anche per la sussistenza dei requisiti della abitudine e della stabilità ⁽⁶⁹⁰⁾. Pertanto, valorizzando adeguatamente tutti i requisiti richiesti dal predetto *considerando* n. 13, potrebbero essere scongiurati i rischi di *forum* e *law shopping* connessi a trasferimenti strumentali e troppo repentini.

Ad ogni modo, la scia tracciata dalla sentenza *Staubitz Schreiber* è stata seguita da una recentissima pronuncia, con cui la stessa Corte di Giustizia ha esplicitamente ribadito che “è la localizzazione del centro degli interessi principali del debitore al momento alla data di proposizione della domanda di apertura a rilevare ai fini della individuazione della giurisdizione” ⁽⁶⁹¹⁾. Di conseguenza, qualora la società debitrice, prima della proposizione della domanda di apertura, abbia già trasferito la propria sede legale da uno Stato membro all'altro, la presunzione di coincidenza *ex art. 3, par. 1*, dovrebbe necessariamente operare in favore della nuova sede ⁽⁶⁹²⁾, devolvendo la competenza internazionale ai giudici dello Stato di arrivo e la disciplina delle procedure concorsuali alla relativa legge fallimentare. Cionondimeno, resta ferma la possibilità per i soggetti interessati di dimostrare che:

a1) il trasferimento preventivo della sede legale all'estero non è stato accompagnato dal contestuale trasferimento del *comi*, laddove, in particolare, il debitore continui a gestire i suoi interessi principali nello Stato di partenza, in maniera riconoscibile per i creditori;

⁽⁶⁸⁹⁾ Così F.M. MUCCIARELLI, *Società di capitali*, cit., p. 236; nello stesso senso anche G. MONTELLA, *Competenza internazionale*, cit., p. 619.

⁽⁶⁹⁰⁾ G. MONTELLA, *op. loc. ult. cit.*, il quale evidenzia che solo in questo modo si eviterebbero “situazioni paradossali che invece si potrebbero presentare con una troppo rigida e schematica interpretazione del primo comma dell'art. 3 del Regolamento”; nello stesso senso F.M. MUCCIARELLI, *op. loc. ult. cit.*

⁽⁶⁹¹⁾ Corte di Giustizia CE, 20 ottobre 2011, in causa C-396/09, cit., punto n. 55.

⁽⁶⁹²⁾ Corte di Giustizia CE, 20 ottobre 2011, in causa C-396/09, cit., punto n. 56. Sul punto v. anche le *Conclusioni* dell'Avvocato Generale J. KOKOTT, cit., punto n. 47.

a2) il trasferimento preventivo della sede legale è da considerare a tutti gli effetti fittizio e influente sulla individuazione della *international jurisdiction*, nell'ipotesi in cui la società debitrice non abbia dislocato alcuna attività imprenditoriale nello Stato di arrivo e non gestisca *in loco* alcun interesse.

In quest'ultimo caso, la prova del superamento della presunzione di coincidenza *ex art. 3, par. 1*, dovrebbe essere più agevole, configurandosi, a ben guardare, la nota fattispecie della “*società fantasma*”, già presa in considerazione dalla sentenza *Eurofood* e caratterizzata dal fatto che la società, pur avendo trasferito la sede legale in un determinato Stato, non vi ha spostato – e di fatto non vi esercita – alcuna effettiva attività ⁽⁶⁹³⁾. La “*società fantasma*”, in altri termini, continua a gestire tutti i suoi interessi nello Stato di partenza, in cui era ed è ancora collocato il centro dell'attività direttiva, amministrativa e organizzativa dell'impresa. Del resto, ricorrendo alla nozione di centro degli interessi principali del debitore, il Regolamento sembra aver manifestato la volontà di privilegiare il collegamento con il luogo in cui la società presenta i rapporti più stretti, in maniera visibile per terzi. Sicchè, ove si riesca a dimostrare che nessun legame – eccetto la formale registrazione – esiste con il territorio dello Stato di arrivo, il *comi* dovrebbe essere necessariamente dissociato dalla sede legale e localizzato nel territorio dello Stato di partenza, le cui procedure concorsuali e la cui legge fallimentare troverebbero ancora applicazione. In tal modo, peraltro, verrebbero sanzionati i fenomeni più spregiudicati di migrazione societaria, animati dal solo intento di sfuggire ad una determinata legge fallimentare o di ritardare l'apertura di una determinata procedura concorsuale richiesta dai creditori ⁽⁶⁹⁴⁾.

In tutti i casi intermedi, qualora al trasferimento preventivo della sede legale abbia fatto seguito una reale duplicazione dei luoghi da cui viene concretamente gestita l'attività d'impresa, il problema si complica notevolmente. La questione del posizionamento del *comi* e dell'eventuale ribaltamento della presunzione di coincidenza con la nuova sede, infatti, andrebbe risolta ricorrendo alla problematica ed incerta nozione generale di centro degli interessi principali del debitore. Più in particolare, bisognerebbe verificare, all'esito di una valutazione

⁽⁶⁹³⁾ Si tratta, peraltro, di una delle ipotesi più frequenti nella pratica: in giurisprudenza v. Cass., Sez. Un., 18 maggio 2009, n. 11398, cit., relativa ad una fattispecie in cui la società debitrice aveva trasferito la sede legale dall'Italia alla Spagna; nonché Trib. Milano, 26 luglio 2011, cit.; App. Milano, 8 maggio 2008, cit.

⁽⁶⁹⁴⁾ Sul punto v. W.G. RINGE, *Forum shopping*, cit., pp. 584 ss.

globale avente ad oggetto tutti i dati fattuali e tutti gli interessi eventualmente gestiti nei diversi luoghi di attività, la sussistenza di quegli elementi obiettivi e verificabili all'esterno, dai quali dedurre, con il maggior grado di certezza possibile, che il debitore continua a gestire i suoi interessi principali nello Stato di partenza ⁽⁶⁹⁵⁾.

⁽⁶⁹⁵⁾ In questo senso v. anche P. DE CESARI, *Il trasferimento all'estero*, cit., p. 667.

CONCLUSIONI

La disciplina europea delle insolvenze transfrontaliere si fonda sul principio della universalità limitata e, in particolare, sulla tendenziale universalità degli effetti che conseguono all'apertura della procedura principale nello Stato membro in cui è localizzato il *comi* del debitore. Il raggiungimento degli obiettivi che il Regolamento si propone dipende, pertanto, dalla corretta ed uniforme interpretazione dei criteri cui è affidata la distribuzione della *international jurisdiction* all'interno dell'Unione.

Con specifico riferimento al centro degli interessi principali, si è visto che esso si pone come un dato fattuale, suscettibile di essere influenzato dalle molteplici ed eterogenee circostanze del caso concreto, che dovrebbero essere oggetto, di volta in volta, di una valutazione globale e comparativa da parte dei giudici nazionali chiamati (anche contemporaneamente) ad aprire la procedura concorsuale a carico di un determinato debitore. Il che, se da un lato potrebbe realmente consentire il radicamento della giurisdizione in favore degli Stati con il cui territorio il debitore presenta il legame più stretto, al netto delle localizzazioni di comodo della sede legale statutaria, dall'altro, però sembra comportare un aumento esponenziale del tasso di malleabilità. Il *comi*, inoltre, configura sì un criterio di giurisdizione unico e autonomo, ma ciò non toglie che esso debba essere adattato ad una vasta gamma di debitori, giacché ad ogni legge fallimentare è delegato il compito di selezionare i presupposti soggettivi (oltre che oggettivi) delle procedure concorsuali nazionali, riconducibili all'alveo applicativo del Regolamento.

In questo quadro, il fatto che la disciplina europea non tenga esplicitamente conto dei legami del gruppo è un evidente limite, laddove si consideri che il gruppo di società costituisce la forma di organizzazione più diffusa per l'esercizio dell'attività d'impresa a vocazione transfrontaliera.

La mancanza di regole dedicate ai gruppi societari non significa, come abbiamo visto, che il Regolamento non sia chiamato a fornire risposte anche e soprattutto in caso di insolvenza di società inserite in più ampi contesti di gruppo. Il che potrebbe aver contribuito non poco a dilatare l'interpretazione del *comi*, al fine di realizzare l'accentramento in un unico Stato e il coordinamento delle procedure principali a carico delle singole società del gruppo. Va anche detto, a tal riguardo, che il Regolamento impone espliciti obblighi di cooperazione reciproca tra il curatore della procedura principale e i curatori delle procedure secondarie,

che potrebbero essere estesi anche ai curatori delle differenti procedure principali aperte a carico delle società del gruppo. I casi pratici hanno dimostrato, inoltre, che le insolvenze di gruppo potrebbero esaltare il conflitto latente tra potenziali finalità di risanamento della procedura principale e finalità necessariamente liquidatorie delle procedure secondarie. Per la ristrutturazione del gruppo societario complessivamente considerato, infatti, sono state elaborate, in alcuni casi, strategie funzionali ad evitare l'apertura di procedure secondarie. Potrebbe essere opportuno, pertanto, non limitare sempre e comunque le finalità della procedura secondaria alla sola liquidazione della dipendenza locale.

L'incertezza intrinseca del *comi* incide inevitabilmente anche sulle modalità individuate dal Regolamento per la risoluzione dei conflitti di giurisdizione. Come si è visto, il principio di automatico riconoscimento fa sì che, in caso di conflitto positivo, la competenza internazionale si radichi in favore del giudice che si è pronunciato per primo, con tutto ciò che ne consegue sul piano della qualificazione della procedura e dei suoi effetti. Questo meccanismo, a ben guardare, sebbene finalizzato a garantire una repentina risoluzione dei conflitti, non sembra capace di attutire la vaghezza del *comi*. Al contrario, considerato che ogni giudice dovrebbe decidere all'esito di un esame globale e che la valutazione sul posizionamento del *comi* non può essere messa in discussione dai giudici di uno Stato membro diverso, il criterio di priorità temporale sembra incrementare la possibilità il *comi* stesso sia individuato prendendo in considerazione solo elementi funzionali a garantirne il posizionamento in un determinato Stato, piuttosto che in quello in cui pende il procedimento concorrente. Anche sotto questo punto di vista, pertanto, sembrerebbe opportuno introdurre regole meno rigide per la risoluzione dei conflitti, che cosentino al limite di verificare la distribuzione della giurisdizione tra i fori dell'Unione, tenendo conto del fatto che il *comi* non è un di certo un criterio granitico a prova di manipolazione.

BIBLIOGRAFIA

- AA. VV., *Elementi di diritto dell'impresa*, Torino, 2010;
- AA. VV., *Diritto fallimentare. Manuale breve*, Milano, 2008;
- AA. VV., *European Insolvency Regulation*, K. PANNEN (ed.), Berlin, 2007.
- AA. VV., *Diritto fallimentare*, coordinato da A. MAFFEI ALBERTI, Bologna, 2002;
- AA. VV., *Crisi di imprese: casi e materiali*, a cura di F. BONELLI, Milano, 2011;
- AA. VV., *La Legge Marzano. Commentario*, a cura di A. CASTAGNOLA e R. SACCHI, Torino, 2006.
- ABETE L., *L'insolvenza nel gruppo e del gruppo*, in *Fallimento*, 2009, pp. 1111 ss.;
- ABETE L., *Esecuzione individuale ed esecuzione concorsuale*, in *Fallimento e concordati. Le soluzioni giudiziali e negoziate delle crisi d'impresa dopo le riforme*, a cura di P. CELENTANO e E. FORGILLO, Torino, 2008, pp. 1 – 13;
- ALAGNA S., *Mercato globale e diritto dell'impresa*, Padova, 2009;
- APICE U., *Revocatoria fallimentare di pagamento fatto allo straniero e giurisdizione italiana*, in *Fallimento*, 1988, pp. 806 ss. (nota a Trib. Torino, 22 dicembre 1987);
- BACCAGLINI L., *Riconoscimento di un provvedimento straniero dichiarativo di uno stato di insolvenza ed efficacia del divieto di azioni esecutive singolari in Italia, confermata la ritrosia della giurisprudenza italiana*, in *Int'l Lis*, 2009, pp. 9 ss.;
- BACCAGLINI L., *Il caso Eurofood: giurisdizione e litispendenza nell'insolvenza transfrontaliera*, in *Int'l Lis*, 2006, pp. 123 ss.;
- BACHNER T., *The Battle over Jurisdiction in EC Insolvency Law*, in *European Company and Financial Law Review - ECFR*, 2006, Vol. 3, n. 3, pp. 310 – 329;
- BARIATTI S., *Casi e materiali di diritto internazionale privato e comunitario*, II ed., Milano, 2009;
- BARIATTI S., *Il regolamento n. 1346/2000 davanti alla Corte di giustizia: il caso EUROFOOD*, in *Riv. dir. proc.*, 2007, pp. 203 ss.;
- BARIATTI S., *L'applicazione del Regolamento CE n. 1346/2000 nella giurisprudenza*, in *Riv. dir. proc.*, 2005, pp. 673 ss.;
- BARIATTI S., *Le garanzie finanziarie nell'insolvenza transnazionale: l'attuazione della direttiva 2002/47/CE*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 2004, pp. 841 ss.;
- BARONE A., *Diritto comunitario e disciplina applicabile alle sedi secondarie di società estere*, in *Notariato*, 2002, pp. 89 ss.;
- BARRET J.A., *Various legislative attempts with respects to bankruptcies involving more than one country*, in *33 Texas Int. Law Journal*, 1998, pp. 557 ss.;
- BATTAGLIA R., *Brevi note sul regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2002, I, pp. 22 ss.;
- BASSI A., *Lezioni di diritto fallimentare*, Bologna, 2009;

- BASSI A., *I gruppi di imprese*, in AA.VV., *Manuale di diritto commerciale*, a cura di V. BUONOCORE, 2007, Torino, pp. 599 ss.;
- BENEDETTELLI M.V., “*Centro degli interessi principali*” del debitore e forum shopping nella disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza transfrontaliera, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2004, pp. 499 ss.;
- BENEDETTELLI M.V., *Libertà comunitarie di circolazione e d.i.p. delle società*, *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2001, pp. 569 ss.;
- BERTOLI P., *Corte di Giustizia, integrazione comunitaria e diritto internazionale privato e processuale*, Milano, 2005.
- BIGI E., *Diritto delle società Parmalat: secondo la Corte di Giustizia il giudice competente a seguire la procedura di insolvenza della controllata Eurofood è, salvo eccezioni di ordine pubblico, quello dello Stato membro in cui si trova la sede statutaria del debitore*, in *Società*, 2006, pp. 765 ss.;
- BLANDINI A., *Direzione unitaria e responsabilità nei gruppi*, Napoli, 2000;
- BOGGIO L., *Direzione e coordinamento di società, società “strumentali”, sede legale, insolvenza e giurisdizione italiana alla luce del Regolamento CE n. 1346/00*, in *Giur. it.*, 2005, pp. 1202 ss.;
- BONFANTI A., *Le procedure concorsuali internazionali tra il regolamento 1346/2000 e la disciplina italiana di diritto internazionale privato*, in *Dir. comm. internaz.*, 2003, pp. 407 ss.;
- BONFANTI A., *Definitività delle operazioni compiute nell’ambito dei sistemi di pagamento e procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2001, pp. 377 ss.;
- BONFATTI S. e CENSONI P.F., *Manuale di diritto fallimentare*, Padova, 2007;
- BONFATTI S. e FALCONE G. (a cura di), *La legislazione concorsuale in Europa. Esperienze a confronto*, Milano, 2004;
- BONFATTI S., *L’amministrazione straordinaria delle imprese di rilevanti dimensioni in stato di insolvenza (“Legge Marzano”)*, in *www.judicium.it*, 2004;
- BONGIORNO G., *La riforma del procedimento dichiarativo di fallimento*, in *Le riforme della legge fallimentare*, a cura di A. DIDONE, Padova, 2009, pp. 309 e ss.;
- BONGIORNO G., in *Il nuovo diritto fallimentare*, commentario diretto da A. JORIO e coordinato da M. FABIANI, Torino, 2006, pp. 170 ss.;
- BONGIORNO G., *La tutela dei creditori nella nuova disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2003, I, pp. 640 ss.;
- BONGIORNO G., *Universalità e territorialità del fallimento (problemi antichi ma sempre più attuali)*, in *Dir. fall.*, 1991, I, pp. 666 ss.;
- BONGIORNO G., *Osservazioni in tema di universalità e territorialità nel fallimento*, in *Dir. fall.*, 1974, I, pp. 284 ss.;

- BONSIGNORI A., *Pregiudizialità comunitaria, espropriazione e fallimento*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, pp. 1417 ss.;
- BOSCHIERO N., *Appunti sulla riforma del sistema di diritto internazionale privato*, Torino, 1996;
- BUFFORD S.L., *International insolvency case venue in the European Union: the Parmalat and the Daisytek controversies*, in *The Columbia journal of European Law*, 2006, vol. 12, n. 2, pp. 439 ss.;
- BUFFORD S.L., *Centre of Main Interest, International Insolvency Case Venue, and Equality of Arms: The Eurofood Decision of the European Court of Justice*, in *27 Northwestern Journal of International Law & Business*, Winter 2007, pp. 351 ss.
- BURBRIDGE P., *Cross border insolvency within the European Union, dawn of a new era*, in *European Law Review*, 2002, pp. 589 ss.;
- BUTA G.M., *Gruppi di società e insolvenza transfrontaliera*, in *Banca borsa e tit. cred.*, 2010, II, pp. 208 ss.;
- BUTA G.M., *Insolvenza transfrontaliera e localizzazione del “centro degli interessi principali”*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2008, II, pp. 721 ss.;
- BUTERA S., *L'evoluzione giurisprudenziale in materia di insolvenza transfrontaliera*, in www.archivioceradi.luiss.it;
- CAIAFA A., *Nuovo diritto delle procedure concorsuali*, Padova, 2006;
- CAMPEIS G. e DE PAULI A., *La revocatoria fallimentare e lo straniero: giurisdizione e diritto applicabile*, in *Fallimento*, 1990, pp. 673 ss.;
- CANDELARIO MACÍAS I., *Il diritto concorsuale in Europa*, Padova, 2001;
- CANDELARIO MACÍAS I., *L'armonizzazione del diritto concorsuale nell'ambito dell'UE*, in *Dir. fall.*, 1999, I, pp. 358 ss.;
- CANDELARIO MACÍAS I., *Un examen sobre el reglamento 1346/2000 del Consejo de Europa de 29 de mayo sobre procedimientos de insolvencia comunitaria*, in *Dir. fall.*, 2002, I, pp. 32 ss.;
- CAPONI C., *Il Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Foro it.*, 2002, V, 220;
- CARBALLO PIÑEIRO L.C., *La vis atractiva concursus nel diritto concorsuale europeo*, in *Dir. fall.*, 2011, I, pp. 360 ss.;
- CARBONE S.M., *La nuova disciplina italiana della deroga alla giurisdizione*, in *Dir. comm. internaz.*, 1995, pp. 553 ss.;
- CARBONE S.M., *Il c.d. fallimento internazionale tra riforma italiana del d.i.p. e normativa di diritto uniforme*, in *Dir. comm. internaz.*, 1998, pp. 633 ss.;
- CARBONE S.M., *Una nuova ipotesi di disciplina italiana sull'insolvenza transfrontaliera*, in *Dir. comm. internaz.*, 2000, pp. 591 ss.;

- CARBONE S.M. e CATALDO M., *Azione revocatoria: esercizio della giurisdizione e legge applicabile*, in *Dir. comm. internaz.*, 2004, pp. 27 ss.;
- CARBONE S.M., *Il regolamento (CE) N. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza*, in CARBONE, FRIGO, FUMAGALLI, *Diritto processuale civile e commerciale comunitario*, Milano, 2004, pp. 89 ss.;
- CARIELLO V., *Società di capitali. Commentario*, a cura di NICCOLINI-STAGNO D'ALCONTRES, vol. III, sub artt. 2497 ss. c.c., Napoli, 2004, pp. 1853 ss.;
- CARRARA C., *Giurisdizione italiana in materia fallimentare ed effetti del fallimento dichiarato all'estero*, 2009, in www.archivioceradi.luiss.it;
- CASSOTTANA M. e NUZZO A., *Lezioni di diritto commerciale comunitario*, II ed., Torino, 2006;
- CASTAGNOLA A., *Regolamento CE 1346/2000 e vis attrattiva concursus: verso un'universalità meno limitata?*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, pp. 925 ss.;
- CATALDO M., *Il curatore fallimentare dello straniero nel processo italiano*, in *Fallimento*, 2006, pp. 269 ss.;
- CATALLOZZI P., *Giurisdizione e legge applicabile nelle revocatorie fallimentari transnazionali*, in *Fallimento*, 2007, pp. 635 ss.;
- CATALLOZZI P., *Il regolamento europeo e il criterio del COMI (centre of main interests): la parola alla Corte*, in *Fallimento*, 2006, pp. 1256 ss. (Corte di Giustizia CE, 2 maggio 2006, C – 341/04);
- CATALLOZZI P., *Il nuovo ruolo del curatore nella acquisizione dei beni*, in *Fallimento*, 2007, pp. 1068 ss.;
- CAVALAGLIO A., *Spunti in tema di regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza e di riforma urgente della legge fallimentare*, in *Fallimento*, 2003, pp. 237 ss.;
- CECCHERINI A., *Ancora sulla giurisdizione italiana a dichiarare il fallimento di società estere che operino in Italia*, in *Fallimento* 1986, pp. 162 ss.;
- CONSALVI E., *Brevi considerazioni in materia di giurisdizione e legge applicabile alla revocatoria fallimentare intracomunitaria*, in www.judicium.it;
- CONSOLO C., *Van Uden e Mietz: un'evitabile Babele*, in *Int'l Lis*, 2002, 1, pp. 30 ss.;
- CORAPI D. e DE DONNO B., *L'impresa*, in *Il diritto privato dell'Unione Europea*, tomo II, a cura di A. TIZZANO, Torino, 2009, pp. 1197 ss.;
- CORNO G., *Misure di chiusura delle procedure di insolvenza alternative alla liquidazione. La disciplina comunitaria*, in *Fallimento*, 2009, pp. 263 ss.;
- CORNO G., *La disciplina comunitaria dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2002, I, pp. 272 ss.;

- CORSI F., *L'insolvenza nel gruppo*, in *I Gruppi di Società*, in *Atti del Convegno Internazionale di studi* (Venezia, 16-17-18 novembre 1995), vol. II, Milano, 1996, pp. 1057 e ss.;
- CORSINI F., *Profili transnazionali dell'azione revocatoria fallimentare*, Torino, 2010;
- CORSINI F., *Revocatoria fallimentare e giurisdizione nelle fonti comunitarie: la parola passa alla Corte di Giustizia*, in *Riv. dir. internaz. privato e proc.*, 2008, pp. 429 ss.;
- CORSINI F., *La Corte di giustizia "inventa" una (dimezzata) vis attractiva concursus internazionale*, in *Int'l Lis*, 2009, pp. 65 ss.;
- DANIELE L., *Legge applicabile e diritto uniforme nel regolamento comunitario relativo alle procedure d'insolvenza*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2002, pp. 33 ss.;
- DANIELE L., *Legge applicabile e diritto uniforme nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza*, in *Crisi di impresa e procedure concorsuali in Italia e in Europa*, a cura di G. RAGUSA MAGGIORE e G. TORTORICI, Padova, 2002, pp. 145 ss.;
- DANIELE L., *Il fallimento nel diritto internazionale privato e processuale*, Padova, 1987;
- DANIELE L., *Convenzione europea su alcuni aspetti internazionali del fallimento: prime riflessioni*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 1994, pp. 499 ss.;
- DANIELE L., *Fallimento: XVII) Diritto internazionale privato e processuale*, in *Enciclopedia Giuridica*, XIII, Roma, 1998.
- DANIELE L., *Il Regolamento N. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza: spunti critici*, in P. PICONE (a cura di), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, Padova 2004, pp. 289 ss.;
- DANIELE L., *Il Regolamento N. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza: spunti critici*, in *Dir. fall.*, 2004, I, 593 ss.;
- DE CESARI P. e MONTELLA G., *Il «giudice» nel Regolamento 1346/2000: una nuova nozione autonoma di diritto comunitario*, in *Fallimento*, 2007, pp. 263 ss. (nota a Consiglio di Stato, Sez. VI, 25 gennaio 2007, n. 269);
- DE CESARI P., *Le procedure di insolvenza nella nuova disciplina comunitaria*, Milano, 2004;
- DE CESARI P., *L'onere della prova del «centro degli interessi principali del debitore»*, in *Fallimento*, 2009, pp. 68 ss. (nota a App. Milano, 14 maggio 2008);
- DE CESARI P., *Giurisdizione, riconoscimento ed esecuzione delle decisioni nel regolamento comunitario relativo alle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2003, pp. 55 ss.;
- DE CESARI P., *Diritto internazionale privato e processuale comunitario*, Torino, 2005;

- DE CRISTOFARO M., *Il regolamento CE n. 1346/2000 relativo alle procedure d'insolvenza*, in AA. VV., *Le convenzioni di diritto del commercio internazionale*, a cura di F. FERRARI, Milano, 2002, pp. 375 ss.;
- DE CRISTOFARO M., *Nuovo coordinamento delle giurisdizioni in Europa*, in *Int'l Lis*, 2002, pp. 82 ss.;
- DE SANTIS F., *La normativa comunitaria relativa alle procedure di insolvenza transfrontaliere e il diritto processuale interno: dialoghi tra i formanti*, in *Dir. fall.*, 2004, I, pp. 91 ss.;
- DIALTI F., *Giurisdizione in materia di azione revocatoria fallimentare comunitaria*, in *Dir. comm. internaz.*, 2009, pp. 441 ss.;
- DIALTI F., *Fallimento in Italia di sede secondaria già dichiarata fallita all'estero*, in *Dir. fall.*, 2005, II, pp. 975 ss. (nota a Trib. Lodi, 27 settembre 2002);
- DIALTI F., *Trasferimento del centro degli interessi principali del debitore nel territorio di un altro Stato membro successivamente alla proposizione della domanda di apertura di una procedura di insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2006, II, pp. 413 ss.;
- DIDONE A. (a cura di), *Le riforme della legge fallimentare*, Torino, 2009;
- DI AMATO S., *Le procedure di insolvenza nell'Unione Europea: competenza, legge applicabile ed insolvenza transfrontaliera*, in *Fallimento*, 2002, pp. 693 ss.;
- DI MAJO A., *Linee generali di coordinamento tra le procedure concorsuali in Italia e in Europa*, in *Dir. fall.*, 2003, I, pp. 597 ss.;
- DORDI C., *La Convenzione europea su alcuni aspetti internazionali del fallimento: la consacrazione dell'universalità limitata degli effetti delle procedure concorsuali*, in *Dir. comm. internaz.*, 1993, pp. 617 ss.;
- DORDI C., *La convenzione dell'Unione europea sulle procedure d'insolvenza*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 1997, pp. 333 ss.;
- DUURSMA-KEPPLINGER H.C., *Aktuelle Entwicklungen zur internationalen Zuständigkeit für Hauptinsolvenzverfahren – Erkenntnisse aus Staubitz-Schreiber und Eurofood*, in *ZIP*, 2007, 896;
- ENRIQUES G., *Universalità e territorialità del fallimento nel diritto internazionale privato*, in *Riv. dir. internaz.*, 1934, pp. 1 ss.;
- FABIANI M., *Diritto fallimentare*, Bologna, 2011;
- FABIANI M., *Gruppi d'impresa ed insolvenza transfrontaliera: spazi residui di forum e law shopping nella disciplina comunitaria*, in *Int'l Lis*, 2004, pp. 95 ss.;
- FABIANI M., *La revocatoria fallimentare fra lex concursus e lex contractus nel reg. CE 1346/2000*, in *Corr. giur.*, 2007, pp. 1319 ss.;

- FABIANI M., *Dai pomodorini ai latticini, ovvero dalla regola all'eccezione: un testo unico per l'amministrazione straordinaria e la gestione dei gruppi transnazionali?*, in *Foro it.*, 2004, I, 1570;
- FABIANI M., nota redazionale a TAR Lazio, 16 luglio 2004, n. 6998 e TAR Lazio 12 luglio 2004, n. 6805, in *Foro it.*, 2004, III, 615;
- FABIANI M., *La comunitarizzazione della revocatoria transnazionale come tentativo di abbandono di criteri di collegamento fondati sull'approccio dogmatico*, in www.judicium.it;
- FABIANI M., *La comunitarizzazione della revocatoria transnazionale come tentativo di abbandono a criteri di collegamento fondati sull'approccio dogmatico*, in *Fallimento*, 2004, pp. 376 ss.;
- FABIANI M., *Gruppi d'impresa ed insolvenza transfrontaliera: spazi residui di forum e law shopping nella disciplina comunitaria (in margine a High Court of Justice (Leeds), 16 maggio 2003, Re Daisytek ISA Ltd.; Cour d'appel Versailles, 4 settembre 2003, Klempa c. SAS ISA Daisytek ; Trib. Roma, 26 novembre 2003, Cirio Holding Luxembourg SA; Trib. Parma, 20 febbraio 2004, Eurofood)*, in *Int'l Lis*, 2004, pp. 95 ss.;
- FABIANI M., *Riconoscimento di decisioni dichiarative di fallimento e resistenze giurisprudenziali municipali*, in *Int'l Lis*, 2008, 2, pp. 72 ss.;
- FABIANI M. e FERRO M., *Dai tribunali ai ministeri: prove generali di degiurisdizionalizzazione della gestione delle crisi d'impresa*, 2004, in www.judicium.it;
- FARINA M., *La vis attractiva concursus nel Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Fallimento*, 2009, pp. 667 ss. (Corte di Giustizia CE, 12 febbraio 2009, C-339/07);
- FERRARA F., *Il fallimento*, Milano, 1966;
- FERRI C., *Creditori e curatore della procedura principale nel Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza transnazionali*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, pp. 707 ss.;
- M. FERRO, *Prime questioni applicative del Regolamento CE N. 1346/00 sull'insolvenza transnazionale*, in AMBROSINI-SCARANO (a cura di), *Diritto civile comunitario e cooperazione giudiziaria civile*, Milano 2005, pp. 159 ss.;
- FLETCHER I.F., *The European Union Convention on Insolvency Proceedings: An Overview and comment, with US Interest in Mind*, in *23 Brooklyn Journal of International Law*, 1997, 25.
- FLETCHER I.F., *The European Union Convention on Insolvency Proceedings: Choice-of-Law Provisions*, in *33 Texas International Law Journal*, 1998, 119.

- FLETCHER I.F., *Insolvency in private international law. National and International Approaches*, Oxford, 2005;
- FLETCHER I.F., *The law of insolvency*, London, 2009;
- FLESSNER A., *L'idea dell'impresa nel diritto fallimentare europeo*, in *Dir. fall.*, 2005, I, pp. 489 ss.;
- FLESSNER A., *Il diritto fallimentare internazionale in Europa*, in *Dir. fall.*, 1991, I, pp. 695 ss.;
- G. FRANCHI, *Giurisdizione italiana in tema di revocatoria fallimentare*, in *Giur. it.* 1982, I, 536;
- G. FRANCHI, *Fallimento: XVII) Diritto internazionale privato e processuale*, in *Enciclopedia Giuridica*, XIII, 1989.
- G. FRANCHI, *Le norme sulla competenza nel progetto preliminare di convenzione comunitaria sul fallimento*, in *Dir. fall.*, 1970, I, pp. 310 ss.;
- FRIGESSI DI RATTALMA M., *Verso la soluzione di un rebus normativo: l'art. 13 del regolamento n. 1346/2000*, in *La tutela transnazionale del credito*, a cura di P. DE CESARI E M. FRIGESSI DI RATTALMA, Torino, 2007;
- FUMAGALLI L., *Il regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza: competenza internazionale, legge applicabile e riconoscimento delle decisioni straniere*, in *Riv. dir. proc.*, 2001, pp. 677 ss.;
- FUMAGALLI L., *Atti pregiudizievoli tra sostanza e processo: quale legge regolatrice per la revocatoria fallimentare*, in *Int'l Lis*, 2007, 2, pp. 69 ss.;
- FUMAGALLI L., *Apertura della procedura principale, competenza giurisdizionale e riconoscimento della decisione*, in *Giur. comm.*, 2007, II, pp. 313 ss.;
- GABUARDI C.A., *I sistemi di insolvenza nel subcontinente nordamericano*, in www.judicium.it;
- GAJA G., *Sulle competenze della CE rispetto alla cooperazione giudiziaria in materia civile*, in *Int'l Lis*, 2006, 1, pp. 35 ss.;
- GALANTI E., *La nuova normativa europea sulle crisi bancarie*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2002, I, pp. 406 ss.;
- GALGANO F., *Direzione e coordinamento di società*, Artt. 2497-2497-septies, in *Commentario del codice civile*, a cura di SCIALOJA e BRANCA, Bologna - Roma, 2005;
- GALGANO F., *I gruppi nella riforma delle società di capitali*, in *Contratto e impr.*, 2002, pp. 1205 ss.;
- GALGANO F., *I gruppi di società*, Torino, 2001;
- GALLETTI D., *L'insolvenza transfrontaliera nel settore bancario*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, I, pp. 546 ss.;

- GEMMA, voce *Fallimento in diritto internazionale privato*, in *Enc. giur. it.*, 1900, VI, 477;
- GENOVIVA P., *Regolamento preventivo di giurisdizione e procedura prefallimentare*, in *Dir. fall.*, 2007, II, pp. 18 ss.;
- GHIA L., *Gli obiettivi della Guida Legislativa sull'Insolvenza dell'UNCITRAL*, in *Fallimento*, 2005, pp. 1229 ss.;
- GHIA L., *Profili internazionali del fallimento e fallimenti transfrontalieri*, in *Fallimento e altre procedure concorsuali*, a cura di G. FAUCEGLIA e L. PANZANI, Milano, 2009, vol. III, pp. 1923 ss.;
- GIULIANO M., *Il fallimento nel diritto processuale civile internazionale*, Milano, 1943;
- GIULIANO M., voce *Fallimento (dir. internazionale)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1967, vol. XVI, pp. 232 ss.;
- GIULIANO M., *Convenzioni internazionali ed efficacia in Italia del fallimento dichiarato all'estero*, in *Riv. dir. internaz.*, 1960, pp. 336 ss.;
- GUERNELLI M., *Procedure concorsuali, politiche comunitarie e diritto interno: dalla prevenzione alla esdebitazione*, in *Fallimento*, 2008, pp. 477 ss.;
- GUERNELLI M., *Il diritto inglese dell'insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2009, I, pp. 870 ss.;
- GUGLIELMUCCI L., *Il diritto concorsuale tedesco fra risanamento e liquidazione*, in *Giur. comm.*, 2003, I, pp. 153 ss.;
- GUGLIELMUCCI L., *La legge tedesca sull'insolvenza (Insolvenzordnung) del 5 ottobre 1994*, Milano, 2000;
- GUGLIELMUCCI L., *La procedura concorsuale unitaria nell'Ordinamento tedesco*, in *Giur. comm.*, 2000, I, pp. 504 ss.;
- GUZZI S., *La Convenzione Comunitaria sulle procedure di insolvenza: prime osservazioni*, in *Dir. comm. internaz.*, 1997, pp. 901 ss.;
- HIRTE H., *Towards a Framework for the Regulation of the Corporate Groups Insolvencies*, in *European Company and Financial Law Review - ECFR*, 2008, pp. 214 ss.;
- INZITARI B., *Nuova disciplina degli accordi di ristrutturazione ex art. 182-bis l. fall.*, in *www.Ilcaso.it*, II, 256/2011;
- IRTI N., *Le categorie giuridiche della globalizzazione*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, I, pp. 625 ss.;
- IUDICA G., *Globalizzazione e diritto*, in *Contr. e impr.*, 2008, pp. 867 ss.;
- JORIO A., *Fallimento nel diritto comunitario*, in *Dig. comm.*, IV, Torino, 1990, 443;
- JORIO A., voce *Fallimento (diritto comunitario)*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1982, pp. 629 ss.;

- KOLMANN S., *Diritto fallimentare europeo ed internazionale: il Regolamento (CE) N. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza*, in *European Legal Forum*, 2002, pp. 167 ss.;
- LASCARO P., *Brevi considerazioni sul Regolamento CE n. 1346/2000 in tema di insolvenza transfrontaliera*, in *Dir. fall.*, 2004, I, pp. 1324 ss.;
- LEANDRO A., *Il ruolo della lex concursus nel regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, Bari, 2008;
- LIBONATI B., *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1981;
- LOMBARDO S., *La libertà comunitaria di stabilimento delle società dopo il caso «Uberseering»: tra armonizzazione e concorrenza fra ordinamenti*, in *Banca borsa tit. credito*, 2003, pp. 456 ss.;
- LUPOI M.A., *Osservazioni sparse a margine del convegno di Verona (del settembre 2009) su “Corti europee e giudici nazionali”*, in *Int’l Lis*, 2009, 3 – 4, pp. 157 ss.;
- LUPOI M.A., *Conflitti di giurisdizioni e di decisioni nel regolamento sulle procedure d’insolvenza: il caso Eurofood e non solo*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, pp. 1393 ss.;
- LUPONE A., *La convenzione comunitaria sulle procedure di insolvenza e la riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato*, in *Contratto e impr. - Europa*, 1999, pp. 447 ss.;
- LUPONE A., *L’insolvenza transnazionale. Procedure concorsuali nello Stato e beni all’estero*, Padova, 1995;
- LUZZATTO R., *Il riconoscimento di sentenze e provvedimenti stranieri nella riforma del diritto internazionale privato italiano*, in *Comunicazioni e Studi*, XXI, Milano 1997, pp. 83 ss.;
- LUZZATTO R., *Giurisdizione del giudice italiano e revocatoria fallimentare di un pagamento effettuato ad un creditore straniero*, in *Corr. giur.* 1995, pp. 702 ss.;
- MACRÍ F., *Trasferimento del centro degli interessi principali e competenza giurisdizionale nel Regolamento CE 1346/2000*, in *Fallimento*, 2006, pp. 910 ss.;
- MAFFEI ALBERTI A. (a cura di), *Commentario breve alla legge fallimentare*, Padova, 2009;
- MANGANELLI P., *Gestione delle crisi di impresa in Italia e negli Stati Uniti: due sistemi fallimentari e confronto*, in *Fallimento*, 2011, pp. 129 ss.;
- MARGIOTTA G., *Il trasferimento della sede all’estero*, in *Notariato*, 2004, I, pp. 649 ss.;
- MAUPOIL E., *Il curatore ed i beni del fallito siti all'estero: iniziative corrette (e meno corrette) per la loro acquisizione*, in *Fallimento*, 1991, pp. 574 ss.;

- MAUPOIL E., *Convenzione europea su alcuni aspetti internazionali del fallimento*, in *Fallimento*, 1991, pp. 1021 ss.;
- MAZZONI A., *Cross-Border Insolvency of multinational group of companies: proposal for an European approach in the light of the Uncitral approach*, in *Dir. comm. internaz.*, 2010, pp. 755 ss.;
- MAZZONI A., *Concordati di gruppi transfrontalieri e disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza*, in *Riv. dir. soc.*, 2010, pp. 553 ss.;
- MAZZONI A., *Osservazioni in tema di gruppo transnazionale insolvente*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, pp. 1 ss.;
- MAZZONI A., *Globalizzazione, commercio internazionale e giustiziabilità di pretese private fondate su norme internazionali*, in *Dir. com. internaz.*, 2006, pp. 255 ss.;
- MECHELLI S., *Libertà di stabilimento per le società comunitarie e diritto societario dell'Unione Europea*, in *Riv. dir. comm.*, 2000, II, pp. 83 ss.
- MÈLIN L., *La posizione dei creditori nelle procedure concorsuali aperte nell'Unione europea ai sensi del regolamento n. 1346/2000 relativo alle procedure di insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2004, I, pp. 1116 ss.;
- MENJUCQ M., *EC – Regulation n. 1346/2000 on Insolvency Proceedings and Groups of Companies*, in *European Company and Financial Law Review - ECFR*, pp. 136 ss.
- MEVORACH I., *Insolvency within Multinational Enterprise Groups*, Oxford, 2009.
- MICHELI G.A., *Unità ed universalità del fallimento nel progetto di convenzione relativa al fallimento, concordati e procedure analoghe nella CEE*, in *Banca borsa tit. cred.*, 1971, I, pp. 557 ss.;
- MONDINI A., *Il Regolamento (CE) 12 dicembre 2006, n.1896, sul procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento in materia di controversie transfrontaliere, civili o commerciali*, in www.judicium.it;
- MONTANARI M., *Fallimento e sentenza straniera di accertamento di un credito verso il fallito*, in *Fallimento*, 2002, pp. 645 ss.;
- MONTANARI M., *Giurisdizione italiana e revocatoria dei pagamenti tra “vecchia” e “nuova” amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, in *Int'l Lis*, 2002, pp. 64 ss.;
- MONTANARI M., *La perpetuatio iurisdictionis nel sistema del regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza*, in *Int'l Lis*, 2007, pp. 20 ss.;
- MONTANARI M., *Giurisdizione italiana in tema di revocatoria dei pagamenti tra “vecchia” e “nuova” amministrazione straordinaria delle grandi imprese insolventi*, in *Corr. giur.*, 2002, pp. 763 ss.;
- MONTANARI M., *Exequatur comunitario e procedura concorsuale nello Stato a quo: la sentenza Coursier dinanzi al supremo giudice tedesco*, in *Int'l Lis*, 2002, pp. 122 ss.;

- MONTELLA G., *Il fallimento del COMI?*, in *Fallimento*, 2010, pp. 61 ss.;
- MONTELLA G., *La procedura secondaria: un rimedio contro il forum shopping del debitore nel Regolamento CE n. 1346/2000*, in *Fallimento*, 2009, pp. 1299 ss.;
- MONTELLA G., *Il Regolamento CE 1346/2000 sulle procedure di insolvenza e la legge applicabile alla revocatoria fallimentare*, in *Foro. it.*, 2007, I, c. 2816;
- MONTELLA G., *Il conflitto di giurisdizione nel Regolamento CE 1346/2000*, in *Fallimento*, 2008, pp. 1151 ss.;
- MONTELLA G., *Riconoscimento ed effetti in Italia delle decisioni extracomunitarie di insolvenza*, in *Fallimento*, 2008, pp. 574 ss.;
- MOSS G., *The impact of the EU Regulation on UK Insolvency proceedings*, (ILA Conference Bruxelles, 16 marzo 2002), in www.iiiglobal.org;
- MOSS G., *Asking the Right Questions? Highs and Lows of the European Court of Justice (ECJ) Judgment in Eurofood*, in *19 Insolvency Intelligence*, July 2006, pp. 97 ss.;
- MUCCIARELLI F.M. e MANZINI P., *Rivoluzione cartesiana? La fine del “vincolo necessario” tra società e legislazione nazionale*, in *Giur. comm.*, 2009, I, pp. 614 ss.;
- MUCCIARELLI F.M., *Società di capitali, trasferimento all'estero della sede sociale e arbitraggi normativi*, Milano, 2010;
- MUCCIARELLI F.M., *Forum shopping e perpetuatio jurisdictionis nel regolamento comunitario sull'insolvenza*, in *Riv. dir. soc.*, 2007, pp. 56 ss. (Corte di giustizia CE, 17 gennaio 2006, in causa C-1/04);
- MUCCIARELLI F.M., *Eurofood, ovvero: certezza del diritto formale e incoerenza dei principi*, in *Giur. comm.*, 2008, I, pp. 1224 ss.;
- MUCCIARELLI F.M., *Spostamento della sede statutaria in un Paese Membro della UE e giurisdizione fallimentare*, in *Giur. comm.*, 2006, II, pp. 616 ss.;
- MUCCIARELLI F.M., *Fusioni transfrontaliere e libertà di stabilimento delle società nell'Unione Europea: il caso “Sevic”*, in *Giur. comm.*, 2006, II, pp. 412 ss. ;
- MUCCIARELLI F.M., *The transfer of the registered office and forum shopping in international insolvency cases: an important decision from Italy*, in *European Company and Financial Law Review - ECFR*, 2005, pp. 512 ss.;
- MUCCIARELLI F.M., *Libertà di stabilimento comunitaria e concorrenza tra gli ordinamenti societari*, in *Giur. comm.*, 2000, II, pp. 559 ss.;
- NIGRO A. e VATTERMOLI D., *Diritto della crisi delle imprese*, Bologna, 2009;
- NIGRO A. e SANDULLI M. (a cura di), *La riforma della legge fallimentare*, Tomo I, artt. 1-103, Torino, 2006;
- OLIVIERI G., *Il regolamento comunitario sulle procedure d'insolvenza (Reg. CE 1346/2000)*, in www.judicium.it;

- OMAR P.J. (ed.), *International Insolvency Law. Themes and Perspectives*, Aldershot, 2008;
- OMAR P.J., *European Insolvency Law*, Aldershot, 2004;
- PAJARDI P. e PALUCHOWSKI A., *Manuale di diritto fallimentare*, Milano, 2008;
- PANZANI L., *Il regolamento sulle procedure d'insolvenza*, in *Contratto e impr. - Europa*, 2002, pp. 436 ss.;
- PANZANI L., *L'insolvenza transfrontaliera. Le procedure d'insolvenza tra globalizzazione dell'economia e concorrenza di ordinamenti*, in *Codice commentato del fallimento*, diretto da G. LO CASCIO, Milano, 2008, pp. 1937 ss.;
- PANZANI L., *Azione revocatoria nei confronti dello straniero e giurisdizione del giudice che ha dichiarato il fallimento secondo il diritto comunitario. Note minime a seguito della decisione del Bundesgerichtshof del 21 giugno 2007*, in *Fallimento*, 2008, pp. 394 ss. (Corte di Cassazione Federale Tedesca – Bundesgerichtshof, ord., 21 giugno 2007, *ivi*, 2008, 391);
- PAPPALARDO REALE C., *Il regolamento comunitario n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza transfrontaliere*, in *Dir. fall.*, 2004, I, pp. 1095 ss.;
- PATRIARCA C., *Effetti del trasferimento della sede sociale all'estero sullo statuto personale della società e fallimento*, in *Banca borsa tit. cred.*, 2006, II, pp. 619 ss.;
- PAVONE LA ROSA A., *Gruppi di imprese e procedure concorsuali*, in *Giur. comm.*, 2001, I, pp. 577 ss.;
- PAVONE LA ROSA A., *Il gruppo di imprese nell'amministrazione straordinaria delle grandi imprese in stato di insolvenza*, in *Giur. comm.*, 2000, I, pp. 484 ss.;
- PENTA A., *La fallibilità dell'Holder persona fisica*, in *Fallimento*, 2009, pp. 169 ss.;
- PERKINS L., *A Defense of Pure Universalism in Cross-Border Corporate Insolvencies*, in *32 New York University Journal of International Law and Politics*, Spring 2000, pp. 787 ss.;
- PERILLI L., *La Cassazione e la giurisdizione per la declaratoria di fallimento alla prova della libertà di stabilimento delle società*, in *Int'l Lis*, 2005, 1, pp. 28 ss.;
- PERNAZZA F. e ALLOTTI V., *Trasferimento della sede effettiva delle società in Europa e libertà di stabilimento*, in *Società*, 2003, pp. 903 ss. (Corte di Giustizia CE, 5 novembre 2002, C-20/800);
- PERNAZZA F. e DELI M.B., *Trasferimento della sede delle società tra libertà di stabilimento e norme internazionalprivatistiche*, in *Società*, 2009, pp. 1393 ss.;
- PERNAZZA F., *Libertà di stabilimento delle società in Europa e tutela dei creditori: il caso Inspire Art*. (Corte di Giustizia CE, 30 settembre 2003, C-167/01), in www.judicium.it;

- PERNAZZA F., *Revocatoria fallimentare nei confronti dello straniero*, in *Fallimento*, 1997, pp. 317 ss.;
- PERRINO A.M., *Questioni vecchie e nuove in tema di competenza*, in *Fallimento*, 2010, pp. 396 ss.;
- PERRONE A., *Dalla libertà di stabilimento alla competizione tra gli ordinamenti? Riflessioni sul "Caso Centros"*, in *Riv. soc.*, 2001, pp. 1292 e ss.
- PERSANO F., *Il caso Eurofood, ovvero la contestuale apertura di due procedure principali di insolvenza nello spazio giudiziario europeo*, in *Fallimento*, 2004, pp. 1268 ss.;
- PEZZANO G., *Fallimento dello straniero e questioni di giurisdizione*, in *Foro it.*, 1978, I, 2034 (osservazioni a Cass., 20 luglio 1977, n. 3237);
- PISANESCHI N., *Azione revocatoria fallimentare e giurisdizione del giudice italiano*, in *Foro it.*, 1992, I, 3377;
- PISCIOTTA G., *Il regolamento (CE) n. 1346/2000 sulle procedure d'insolvenza e il suo impatto nell'ordinamento italiano*, in *Europa e diritto privato*, 2001, pp. 413 ss.;
- POCAR F., *Il nuovo diritto internazionale privato italiano*, 2 ed., Milano, 2002;
- PORTALE G.B., *"Armonizzazione" e "concorrenza" tra ordinamenti nel diritto societario europeo*, in *Corriere Giuridico*, 2003, pp. 95 ss.;
- PROTO V., *Gli atti pregiudizievoli nelle procedure di insolvenza transnazionali: giurisdizione e legge applicabile*, in *Fallimento*, 2009, pp. 477 ss. (Trib. Busto Arsizio, 27 giugno 2008);
- PROTO V., *Regolamento UE sulle procedure di insolvenza: un'opportunità per il legislatore italiano*, in *Fallimento*, 2000, pp. 709 ss.;
- PROTO V., *La riforma del sistema del diritto internazionale privato e le procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 1997, pp. 17 ss.;
- PROTO V., *Aspetti della Convenzione C.E. sulle procedure di insolvenza*, in *Fallimento*, 1996, pp. 908 ss.;
- PROTO V., *Le procedure concorsuali nella Comunità Europea*, in *Fallimento*, 1995, pp. 1169 ss.;
- PROTO V., *Il progetto di convenzione sulle procedure di Bruxelles*, in *Fallimento*, 1994, pp. 1103 ss.
- PUNZI C., *Le procedure d'insolvenza transfrontaliere nell'Unione Europea*, in *Riv. Dir. Proc.*, 2003, pp. 998 ss.;
- QUEIROLO I., *Apertura di una procedura principale di insolvenza e provvedimenti esecutivi in altro Stato membro*, in *Fallimento*, 2010, pp. 913 ss.;

- QUEIROLO I., *L'evoluzione dello spazio giudiziario europeo: in particolare la disciplina comunitaria delle procedure d'insolvenza*, in *Comunicazioni e studi*, XXII, 2002, pp. 903 ss.;
- QUEIROLO I., *L'insolvenza transnazionale: il regolamento (Ce) 1346/2000 e la disciplina italiana*, in *Il diritto fallimentare riformato*, a cura di G. SCHIANO DI PEPE, Padova, 2008, pp. 805 ss.;
- QUEIROLO I., *Le procedure di insolvenza nella disciplina comunitaria – Modelli di riferimento e diritto interno*, Torino, 2007;
- RAGUSA MAGGIORE G., *Fallimento dichiarato in Italia e atti suscettibili di revoca compiuti all'estero. Competenza del giudice italiano per connessione*, in *Dir. fall.*, 1982, II, 688 ss.;
- RASMUSSEN R.K., *A New Approach to Transnational Insolvencies*, in 19 *Michigan Journal Int. Law*, 1997, pp. 27 ss.;
- RICCI E.F., *Le procedure locali previste dal Regolamento CE n. 1346/2000*, in *Giur. comm.*, 2004, I, pp. 900 ss.;
- RICCI E.F., *Il riconoscimento delle procedure di insolvenza secondo il regolamento CE n. 1346/2000*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, pp. 387 ss.;
- RICCI E.F., *Lezioni sul fallimento*, I, Milano, 1992;
- RINGE W.G., *Forum shopping under EU Insolvency Regulation*, in *European Business Organization Law Review - EBOR*, 2008, pp. 579 ss.;
- SALERNO F., *Legge di riforma del diritto internazionale privato e giurisdizione fallimentare*, in *Riv. dir. internaz. priv. proc.*, 1998, pp. 5 ss.;
- SANDULLI M., *La crisi dell'impresa. Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, Torino, 2009;
- SANGIOVANNI V., *L'azione revocatoria internazionale fra giurisdizione e legge applicabile*, in *Fallimento*, 2007, pp. 931 ss.;
- C. SANTINI, *La quaestio jurisdictionis nel regolamento comunitario n. 1346/2000 sulle procedure di insolvenza*, in www.judicium.it;
- SANTOSUOSSO D.U., *L'insolvenza nei gruppi transfrontalieri tra diritto comunitario e diritto interno*, in *Dir. fall.*, 2003, I, pp. 665 ss.;
- SANTOSUOSSO D.U., *Sul collegamento societario nell'ambito dei poteri di fatto di società su società*, in *Giur. comm.*, 2002, I, pp. 713 ss.;
- SCHIANO DI PEPE G., *Vecchio e nuovo sulla fallibilità. Variazioni sul tema dopo il D. Lgs. 12 settembre 2007, n. 169*, in *Dir. fall.*, 2009, I, pp. 654 ss.;
- SCHIANO DI PEPE G., *I gruppi di imprese*, Milano 1990;

- SCIPIONE L., *Procedure concorsuali di insolvenza nella disciplina comunitaria e prospettive di riforma*, in AA. VV., *La «riforma urgente» del diritto fallimentare e le banche*, a cura di S. BONFATTI e G. FALCONE, Milano, 2003, pp. 277 ss.;
- SCIUTO M., *Crisi dell'impresa e crisi della sovranità statale nel mercato globale (convergenza, concorrenza e coordinamento delle norme nazionali)*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 2, pp. 413 ss.;
- SCOGNAMIGLIO G., *I gruppi e la riforma del diritto societario: prime riflessioni*, in *Riv. dir. impr.*, 2002, pp. 557 ss.;
- SCOGNAMIGLIO G., *Autonomia e coordinamento nella disciplina dei gruppi di società*, Torino, 1996;
- SACCHI R., *Sulla responsabilità da direzione e coordinamento nella riforma delle società di capitali*, in *Giur. comm.*, 2003, I, pp. 661 ss.;
- SPIOTTA S., *Trasferimento della sede sociale all'estero: brevi note fra vecchio e nuovo diritto fallimentare*, in *Giur. it.*, 2007, pp. 1699 ss.;
- STANGHELLINI L., *Le crisi di impresa fra diritto ed economia. Le procedure di insolvenza*, Bologna, 2007;
- STANGHELLINI L., *Directors' duties and the optimal timing of insolvency. A reassessment of the "recapitalize or liquidate" rule*, in *Il diritto delle società oggi. Innovazioni e persistenze. Studi in onore di Giuseppe Zanarone*, diretto da P. BENAZZO, M. CERA, S. PATRIARCA, Torino, 2011, pp. 734 ss.;
- STARACE V., *La disciplina comunitaria delle procedure di insolvenza: giurisdizione ed efficacia delle sentenze straniere*, in *Riv. dir. int.*, 2002, pp. 295 ss.;
- STIGLITZ J., *La globalizzazione e i suoi oppositori*, Torino, 2002.
- TOMBARI U., *Il gruppo di società*, Torino, 1997;
- TOMBARI U., *Disciplina del gruppo di imprese e riflessi sulle procedure concorsuali*, in *Fallimento*, 2004, pp. 1164 ss.;
- TOMBARI U., *Riforma del diritto societario e gruppo di imprese*, in *Giur. comm.*, 2004, I, pp. 61 ss.;
- TEDESCHI G.U., *Procedura principale e procedure secondarie nel regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza*, in *Dir. fall.*, 2003, I, pp. 540 ss.;
- VANZETTI V., *Lehman Brothers International Europe in Administration: sorte dei processi pendenti in Italia e delle domande volte a far valere crediti nei suoi confronti*, in *Int'l Lis*, 2009, pp. 16 ss.;
- VELLANI C., *L'approccio giurisdizionale all'insolvenza transfrontaliera*, Milano, 2006;
- VINCRE S., *Il regolamento CE sulle procedure di insolvenza e il diritto italiano*, in *Riv. dir. proc.*, 2004, pp. 213 ss.;

- VIRGÓS M. e GARCIMARTÍN F., *The European Insolvency Regulation: Law and Practice*, The Hague, 2004;
- VITALONE V., *Il regolamento n. 1346/2000 del Consiglio delle Comunità europee relativo alle procedure di insolvenza*, in *Giust. civ.*, 2002, II, pp. 317 ss.;
- VIVALDI R., *L'insolvenza dei gruppi e l'azione di responsabilità*, in *Fallimento*, 2005, pp. 622 ss.;
- VAN GALEN R., *The European Insolvency Regulation and Groups of Companies* (INSOL Europe Annual Congress Cork, Ireland, October 16 – 18, 2003), in www.iiiglobal.org;
- VIRGÓS M. e SCHMIT E., *Report on the Convention of Insolvency Proceedings*, Doc. Consiglio 6500/96/EN, Bruxelles, 1996; anche in FLETCHER-MOSS-ISAAC, *The EC Regulation on Insolvency Proceedings. A Commentary and Annotated Guide*, London, 2002, 261;
- WESSELS B., *The present EU legislative framework on reorganization and winding-up of banks*, in www.iiiglobal.org, 2010;
- WESSELS B., *A Technical Note on the EC Insolvency Regulation*, in *Norton Annual Review of International Insolvency*, 2009, pp. 329 ss.;
- WESSELS B., *The Ongoing struggle of Multinational Groups of Companies under the EC Insolvency Regulation*, in *European Company Law*, Vol. 6, Issue 4, August 2009, pp. 169 ss.
- WESSELS B., *The Place of the Registered Office of a Company: a Cornerstone in the application of the EC Insolvency Regulation*, in *European Company Law*, 2006, Vol. 3, Issue 4, pp. 183 ss.;
- WESSELS B., *Twenty Suggestions for a Makeover on the EU Insolvency Regulation*, 2007, in www.biicl.org;
- WESSELS B., *Moving House: which court can open Insolvency Proceedings?*, in www.iiiglobal.org;
- WESSELS B., *Germany and Spain lead changes toward International Insolvency Law in Europe*, in www.iiiglobal.org.
- WESSELS B., *EU Insolvency Regulation: Where to go from here?*, in *IILR International Insolvency Law Review*, 2011, 3, pp. 298 ss.;
- WESTBROOK J.L., *Creating International Insolvency Law*, in *70 American Bankruptcy Law Journal* 1996, 563.
- WESTBROOK J.L., *A Global Solution To Multinational Default*, in *98 Michigan Law Review*, 2000, pp. 2276 ss..
- WINKLER M.M., *Le procedure concorsuali relative ad imprese multinazionali: la Corte di Giustizia si pronuncia sul caso Eurofood*, in *Int'l Lis*, 2007, pp. 15 ss.;

- WINKLER M.M., *Eurofood: è davvero finito il periodo di “rodaggio” del Regolamento comunitario sulle procedure di insolvenza?*, in *Dir. comm. internaz.*, 2007, pp. 527 ss.;
- ZAMPERETTI G.M. e NODARI M.F., *Verso l’armonizzazione comunitaria del diritto fallimentare, lo stato dell’arte*, in *Giur. comm.*, 1997, I, pp. 607 ss.;
- ZANICHELLI V., *La nuova disciplina del fallimento e delle altre procedure concorsuali*, Torino, 2006.